

AUSSTATTUNGSSCHUTZFÄHIGKEIT TECHNISCHER UND ÄSTHETISCHER GESTALTUNGEN

von

Wolfgang Dietrich Nettesheim

aus

Köln

1973

1973 M 39 1



Digitized by the Internet Archive
in 2026

AUSSTATTUNGSSCHUTZFÄHIGKEIT TECHNISCHER UND ÄSTHETISCHER GESTALTUNGEN

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexander-Universität

Erlangen-Nürnberg

vorgelegt

von

Wolfgang Dietrich Nettesheim

aus

Köln

AUSSTATTUNGSSCHUTZFÄHIGKEIT TECHNISCHER
UND ÄSTHETISCHER GESTALTUNGEN

Abgefragt - Dissertation
des Technischen Fakultät
der Universität Leiden
Leiden



Dr. Hubmann
Prof.
Wolfgang Eberich Hofmeister
211

Referent: Professor Dr. Hubmann

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Juli 1973

<u>Inhaltsverzeichnis</u>	Seite
Abkürzungsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	V
I. Kapitel: Methode, Gang der Untersuchung	1
II. Kapitel: Praktische und rechtstheoretische Grundlagen	6
III. Kapitel: Begriff der Ausstattung	22
1. Auslegung des Wortlauts des § 25 WZG	25
2. Ästhetische Gestaltungen	48
3. Technische Gestaltungen	53
3.1. Technische Gestaltungen und Kennzeichnungsfunktion	59
3.2. Kennzeichnungsfunktion eines Merkmals - Wesen der Ware -	62
3.3. Ausstattungsfähigkeit - Freihaltebedürfnis -	69
IV. Kapitel: Rechtsprechung und Rechtslehre	72
1. Technische Gestaltungen	72
1.1. Rechtsprechung des Reichsgerichts	72
1.2. Kritik der RG-Rechtsprechung	86
1.3. Die Literatur und die RG-Rechtsprechung	92
1.4. Die Rechtsprechung des BGH	101

1.5. Die Meinung des Schrifttums	107
1.6. Zusammenfassung	115
2. Ästhetische Gestaltungen	116
2.1. Rechtsprechung des RG	116
2.2. Die Rechtsprechung des BGH	118
V. Kapitel: Voraussetzungen des Schutzes der ausstattungs-fähigen Merkmale - die Verkehrsgeltung -	118
1. Genaue Festlegung der Merkmale, für die Ausstattungsschutz in Anspruch genommen werden soll	120
2. Die Verwechslungsgefahr	129
3. Feststellung der Verkehrsgeltung	130
3.1. Beteiligte Verkehrskreise	130
3.2. Der erforderliche Durchsetzungsgrad innerhalb beteiligter Verkehrskreise	131
3.3. Art der Feststellung der Verkehrs- geltung	136
VI. Kapitel: Zusammenfassung und Schlußbemer- kung	138
1. Zusammenfassung	138
2. Interessenabwägung	141
3. Ausstattungsschutz und Wettbewerbs- recht	144

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angeführten Ort
a.F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
BB	Der Betriebs-Berater (Jahr und Seite)
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
GeschmMG	Geschmacksmustergesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift der deutschen Vereinigung für ge- werblichen Rechtsschutz und Ur- heberrecht (Jahr und Seite)
i.S.	im Sinne
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
KSchG (KunstUrhG)	Gesetz betreffend das Urheber- recht an Werken der bildenden Künste und der Fotografie vom 9.1.1907
LG	Landgericht
MuW	Markenschutz und Wettbewerb (Jahr und Seite)
n.F.	neue Fassung
PatG	Patentgesetz

RG	Reichsgericht
RGZ	Amtliche Sammlungen der Ent- scheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und Seite)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr und Seite)
WZG	Warenzeichengesetz

Literaturverzeichnis

- Baumbach-Hefermehl Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht,
Bd. II Warenzeichenrecht, 10. Aufl.,
München 1969
- Bezenberger Der Begriff der Ausstattung i.S.
des § 25 WZG, WRP 1956 S. 33
- Blasendorff Farbenwirkungen und Farbenschutz,
GRUR 1954 S. 294
- Busse Warenzeichengesetz, Kommentar, 4.
Aufl., Berlin 1970
- Bußmann Die Bedeutung des warenzeichen-
mäßigen Gebrauchs, GRUR 1971 S. 392
- Bußmann-Pietzker-Kleine Gewerblicher Rechtsschutz und Ur-
heberrecht, 3. Aufl., Berlin 1962
- Cahn Widerstreit von Gebrauchsmuster
und Ausstattung, GRUR 1927 S. 31
- Callmann Das RG zum Problem des sklavischen
Nachbaus, GRUR 1928 S. 430
- Dietze Die Grenzen des Ausstattungsschutzes
GRUR 1952, S. 317
- Finger Das Reichsgesetz zum Schutz der
Warenbezeichnungen vom 12.5.1894,
Kommentar, 3. Aufl., Berlin 1926
- Fischer Die Bedeutung der technischen
Funktion, GRUR 1932 S. 97
- von Gamm Warenzeichengesetz, Kommentar,
München-Berlin 1965
- Goldbeck Der Ausstattungsbegriff des RG,
GRUR 1931 S. 200
- Gottschalk Der Schutz von Modeneuheiten
(Kollektionsschlagern) GRUR 1931
S. 936

Groß	Grenzen der Ausstattung, GRUR 1932 S. 123
Hagens	Warenzeichenrecht, Berlin und Leipzig 1927
Hartgen	Warenzeichengesetz, Kommentar, Berlin- Bonn-München 1968
Heck	Heck, Begriffsbildung und Interessen- Jurisprudenz, 1932, in "Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechtes," Bd. 2, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich, 1968, S. 147
Hefermehl	Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.5.1957, "Taschenstreifen", GRUR 1957 S. 605
Hefermehl	Anm. zum Urteil des BGH vom 13.5.69, "Oval-Umrandung", GRUR 1971 S. 79
Hubmann	Gewerblicher Rechtsschutz, ein Studien- buch, 2. Aufl., München und Berlin 1969
Isay	Zur Frage des Ausstattungsschutzes für Formen der Ware, GRUR 1926 S. 449
Kent	Das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnung vom 12. Mai 1894, Berlin 1897
Kirchberger	Anm. zum Urteil des LG Aachen vom 8.7.1930 JW 1931 S. 1936
Köhler	Unterscheidungskraft, GRUR 1950 S. 117
Kohler	Warenzeichenrecht, Mannheim und Leipzig o.J.
Kraft	Einzelfragen zum Ausstattungsrecht, GRUR 1957 S. 314
Maemecke	Einiges über Ausstattung, GRUR 1949 S. 276

von Moser	Der Ausstattungsbegriff des RG, GRUR 1930 S. 1163
Noelle-Neumann, Schramm	Höhe der Verkehrsgeltung, GRUR 1966 S. 70
v.d. Osten	Die Verkehrsgeltung im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht und ihre Feststellung im Prozeß, Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz des Instituts für ausländisches und internationales Patent-Urheber- und Markenrecht der Universität München, Bd. 7
Pietrkowsky	Der Schutz der äußeren Form technischer Konstruktionen, GRUR 1932 S. 663
Pinzger	Das deutsche Warenzeichenrecht, 2. Aufl., München und Berlin 1957
Dietrich Reimer	Ist der heutige Rechtsschutz für die moderne Formgebung in der industriellen Gesellschaft noch zeitgemäß? GRUR 1971 S. 342
Reimer	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, systematischer Kommentar, 1. Bd., Warenzeichen und Ausstattung, Köln-Berlin-Bonn-München, 4. Aufl., 1966
Eduard Reimer	Normaufstellung zur Frage der Benutzung fremder Arbeit und Gedanken, GRUR 1935 S. 454
Schoeter	Sittenwidrigkeit bei der Benutzung fremder Arbeit und Gedanken im Wettbewerb, GRUR 1949 S. 228

Schulze zur Wiesche	Der Schutz der Farbe und der farbigen Aufmachung durch den § 25 WZG, GRUR 1965 S. 129
Schumann	Ausstattungsschutz trotz technischer Funktion, GRUR 1931 S. 691
Seligsohn	Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen, Kommentar, 3. Aufl., Berlin Leipzig 1925
Spielmann	Der Schutz der Maschinenkonstruktion gegen Nachbau, GRUR 1925 S. 214
Storkebaum, Kraft	Warenzeichengesetz, Kommentar, Berlin -Heidelberg-New York 1967
Struck	Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit, Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, Bd 9, Frankfurt 1971, S. 19
Tetzner	Warenzeichengesetz, Kommentar, Heidelberg 1958
Viehweg	Topik und Jurisprudenz, ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 3. Aufl., München 1965
Wassermann,	Der Ausstattungs-begriff des RG, GRUR 1931 S. 476

AUSSTATTUNGSSCHUTZFÄHIGKEIT
TECHNISCHER UND ÄSTHETISCHER
GESTALTUNGEN

I. Kapitel:

Methode, Gang der Untersuchung

1. Wie viele Rechtsbegriffe und - termini, so trat auch die Ausstattung zuerst im Wirtschaftsleben als ein Lebens-Tatbestand auf. Erst als die Notwendigkeit offenbar wurde, diesen Lebens-Tatbestand rechtlich zu regeln, entstand der "Rechtsbegriff" der Ausstattung. Es ist auch für die weitere Untersuchung festzuhalten, daß das "Recht der Erstgeburt" bei dem rein tatsächlichen Phänomen der Ausstattung liegt und daß der Rechtsbegriff der Ausstattung von diesem abgeleitet ist. Dies erfordert eine Behandlung vom Problem her und weniger vom Begriff. Kommt dazu noch die Eigenart des vorliegenden Themas, das eben nicht z.B. lautet: "Wesen und Begriff der Ausstattung", das vielmehr auf die Lösung eines in der Lebenswirklichkeit tatsächlich bestehenden Problems abzielt, so ist die für diese Arbeit einzig angemessene Grundlage die Methode der "Topischen Jurisprudenz" bzw. der "Interessen-Jurisprudenz."

Diese Untersuchung stellt praktische Rechtswissenschaft dar. Eine solche praktische Rechtswissenschaft hat das Ziel, auf das Leben einzuwirken.¹ Die Interessen-Jurisprudenz ist eine praktische Rechtswissenschaft, sie will dem Leben dadurch dienen, daß sie Interessenkonflikte durch Abwägung und Wertung der beteiligten Inter-

1 Heck, Begriffsbildung und Interessen-Jurisprudenz, 1932, in "Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, Bd. 2, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich, 1968 S. 147

essen löst.² Die Interessen-Jurisprudenz geht von den tatsächlichen Problemen des Rechtslebens aus und versucht die widerstreitenden Interessen nach Kriterien zu lösen, die nicht von außen an das Problem herangetragen werden, sondern aus dem Problem herauskommen und ihm entsprechen. Ist diese Methode die "induktive", so steht sie im Gegensatz zur "deduktiven" Methode, einer Methode, die das Problem dadurch zu lösen versucht, daß sie von Rechtsbegriffen ausgeht, diese in eine logische Ordnung bringt und den Sachverhalt subsumiert, dabei aber vergißt, daß die Lebenswirklichkeit nicht mittels abgeleiteter "Surrogate" zu regeln ist. Sich einer solchen Methode ausschließlich zu bedienen heißt, den Boden unter den Füßen zu verlieren und sich so davon auszuschließen, auf das Leben einzuwirken. Dabei ist aber zu beachten, daß in der Regel die logische Subsumtion unter die Begriffe des Gesetzes auch den Grundsätzen der Interessen-Jurisprudenz entspricht, da der Gesetzgeber im Normalfall in der Formulierung des Gesetzeswortlautes bereits eine Problemlösung, eine Abwägung und Wertung der Interessen vorgenommen hat.³

Das vorliegende Problem ist auf der Grundlage der

2 aaO, S. 154

3 aaO, S. 175

Topik zu lösen, das ist die Technik des Problem Denkens, der Problemerkörterung.⁴ Topoi sind Entscheidungsgesichtspunkte die mitunter eine entgegengesetzte Lösung zulassen, die aber durch Herbeiziehung immer neuer Betrachtungsweisen die Auseinandersetzung in Gang bringen und auf den einzelnen Fall hinführen.⁵ Ein grundlegender Topos = Entscheidungsgesichtspunkt ist das "Interesse", dabei handelt es sich einfach um die Frage, was hier und jetzt gerecht sei.⁶

2. Der Gang dieser Untersuchung ist folgender:

Im II. Kapitel wird die Ausstattung von ihrer praktischen Bedeutung und ihrer Rechtsnatur her untersucht, ferner dargestellt, in welcher räumlichen Beziehung die Ausstattung zu dem Gegenstand stehen muß, dem sie als Ausstattung dient. Dann wird geprüft, welche konkreten Gestaltungen (Formen, Farben) Träger der Ausstattung sein können. Nach einer Darlegung dessen, was technische und ästhetische Gestaltungen sind, folgt eine kurze Erörterung der den Schutz technischer und ästhetischer Gestaltungen betreffenden Gesetze mit einer Darstellung der Interessen, die der Gesetzgeber berücksichtigt und gewertet hat.

4 Theodor Viehweg, Topik und Jurisprudenz, Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 3. Aufl., München 1965, Einleitung, III.

5 Gerhard Struck, Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit, Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, Bd. 9, Frankfurt, 1971, S. 19

6 Viehweg, aaO, § 8 I

Im III. Kapitel werden zunächst die Voraussetzungen der Ausstattungsschutzfähigkeit geklärt. Grundlegend ist dabei die Frage, welche Merkmale einer Ware überhaupt Ausstattung sein können = Ausstattungsfähigkeit. Aus dem Wortlaut des Gesetzes, aus der ratio legis ergeben sich bedeutsame Aufschlüsse.

Schon bei der Bestimmung dessen, was Ausstattung sein kann, scheiden zahlreiche technische und ästhetische Gestaltungen als dem Ausstattungsschutz nicht zugänglich deshalb aus, weil sie die Ware selbst darstellen. In einer Kritik der Rechtsprechung des Reichsgerichtes wird deutlich gemacht, daß bei der Bestimmung dessen, was Ausstattung sein kann, das Problem des Freihaltebedürfnisses der Mitbewerber nichts zu suchen hat, daß das Gesetz einen zeichenrechtlichen Tatbestand behandelt und daß durch das Gesetz bereits grundsätzlich die Interessen des Inhabers der Ausstattung und der Mitbewerber abgewogen sind. Die Untersuchung stellt sodann heraus, daß mit der Bejahung der Ausstattungsfähigkeit noch nicht die Ausstattungs-schutzfähigkeit gegeben ist.

Darauf wird im einzelnen dargelegt, daß technische Gestaltungen eine Kennzeichnungsfunktion ausüben und daher ausstattungsfähig sein können. Technisch notwendige Gestaltungen einerseits und nur zweckmäßige oder den Gebrauchszweck fördernde Gestaltungen werden einander gegenüber gestellt.

Nach ähnlichen Kriterien wird die Ausstattungsfähigkeit

ästhetischer Gestaltungen und der Merkmale geprüft, die aus mehreren kennzeichnenden Elementen kombiniert sind.

Der Klärung dessen, welche Merkmale Ausstattung sein können, schließt sich die Frage nach den Voraussetzungen des Schutzes dieser Ausstattung an. Schutzvoraussetzung ist die Verkehrsgeltung. Diese wird näher untersucht, mit dem Ergebnis, daß problematische Fälle, in denen das Reichsgericht und der BGH die Ausstattungsschutzfähigkeit unter dem Gesichtspunkt des Freihaltebedürfnisses verneint haben, dieser unrichtigen Begründung nicht bedurft hätten, da die Ausstattungsschutzfähigkeit schon an der fehlenden Verkehrsgeltung scheitert.

Sodann werden die Grenzen des Ausstattungsschutzes für technische und ästhetische Gestaltungen bestimmt, d.h., es wird geprüft, ob in den Fällen, in denen technische und ästhetische Gestaltungen sowohl ausstattungsfähig als auch schutzfähig sind, wegen höherrangiger Interessen nach dem Grundsatz der Güter- und Interessenabwägung dennoch vom Schutz auszuschließen sind. Es werden im einzelnen die Interessen der Beteiligten erörtert und gewertet.

II. Kapitel

Praktische und rechtstheoretische Grundlagen

1. Die Ausstattung hat im Warenverkehr eine überragende Bedeutung. Eine Ausstattung, die sich im Verkehr durchgesetzt hat kann einen Wert darstellen, der in die Millionen geht. In einem marktwirtschaftlich bestimmten Wirtschaftssystem wie dem unseren, in dem sich - wenigstens der Idee nach - der Absatz einer Ware nach Angebot und Nachfrage richtet, entscheidet die Nachfrage über Sein oder Nichtsein des Herstellers oder Vertreibers einer Ware. In einem System, das nicht vom Mangel an Waren sondern vom Überfluß bestimmt ist, ergibt sich auch die Nachfrage nicht, wie z.B. in planwirtschaftlichen Systemen, von selbst. Der Hersteller etc., der Nachfrage erzeugen will, muß sich diese durch teure und intensive Werbung "erarbeiten". Die Aufwendungen für die Werbung gehen in die Milliarden. Dazu muß kommen, daß die Qualität der Ware gut ist. Auch dies erfordert Kosten und Anstrengungen des Herstellers etc. Berücksichtigt man auch, daß die meisten Ausstattungen, die Verkehrsgeltung besitzen, "aus dem Nichts" geschaffen sind, z.B. die Ausstattung der Maggi-Erzeugnisse in Gestalt einer gelb-roten Verpackung¹, so leuchtet ein, welch großes Interesse der Inhaber der Ausstattung am Schutz dieser seiner Ausstattung hat. Die Ausstattung, die Verkehrsgeltung besitzt stellt die Werbeleistung des Kaufmanns dar, die er beim

1 BGH, Urteil vom 23.6.1967, GRUR 1968, S. 371 "Maggi"

Warenvertrieb erbringt und die sich in der Ausstattung niederschlägt.²

Auch die Abnehmer und damit die Allgemeinheit haben ein großes Interesse daran, daß eine Ausstattung, die Verkehrsgeltung besitzt, tatsächlich geschützt wird, denn die Ausstattung entfaltet auch eine Garantiefunktion, der Kunde nämlich, der die Ausstattung des "Nachahmers" sieht, wird annehmen, daß die Ware aus dem Betrieb des Herstellers stammt, mit dem er die Ausstattung verbindet. Er wird annehmen, daß diese Ware dieselbe Qualität hat, wie die Ware, deren Ausstattung er aus Anpreisungen oder aus früheren Käufen kennt und mit der er die Vorstellung der Güte verbindet.³

In diesem Lichte müssen die nachfolgend nur beispielsweise erwähnten Ausstattungen gesehen werden, die sämtlich ein hohes Maß der Verkehrsgeltung besitzen:

Die Flasche von Uralt Lavendel aus grünem Glas mit goldfarbigem Schraubverschluß und goldfarbigem Etikett;⁴ die Doornkaatflasche, eine grüne Flasche mit quadratischem Querschnitt und abgerundeten Kanten;⁵ eine Milchglasflasche in unüblicher Form mit einer nach links abgerundeten Schulter, die den Eindruck eines linksgeneigten Ausgusses erweckt;⁶ 3 Riemen an

2 Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 37

3 Hubmann, aaO

4 RG, Urteil vom 4.10.1939, GRUR 1940 S. 45 "Uralt Lavendel"

5 BGH, Urteil vom 27.11.1968, GRUR 1968 S. 541, "Grüne Vierkantflasche"

6 BGH, Urteil vom 9.10.1963, GRUR 1964 S. 140 "Odol-Flasche"

Sportschuhen, die parallel zueinander vom Ausschnitt des Schuhs zu der hinter der Ballenpartie befindlichen Höhe verlaufen und von anderer Farbe sind als ihr Untergrund;⁷ die Verpackung mit den dominierenden Farben Gelb-Rot von Suppenwürfeln, Gewürzen etc. der Firma Maggi.⁸

Der Schutz dieser Werbeleistungen, die sich in den o.a. Ausstattungen niederschlagen, ist nicht problematisch. Hier spricht alles für einen Schutz der Ausstattung, da dem keine anderen schützenswerten Interessen zuwiderlaufen, zumal auch der Abnehmer wegen der Garantiefunktion der Ausstattung ein Interesse am Schutz derselben hat.

Problematischer sind die nachfolgenden Fälle, in denen die Frage, ob Ausstattungsschutz oder nicht, im Gewirr vielfältiger widerstreitender Interessen liegt.

Ein Wäschefabrikant stellte Bettwäsche her und brachte farbige Streifensatins für Bettwäsche auf den Markt. Auch die Beklagte stellte Satingewebe mit farbigen Streifen her. Der Wäschefabrikant verklagte den anderen Hersteller auf Unterlassung, mit der Begründung, die bunten Streifen auf der Bettwäsche seien als Ausstattung geschützt.⁹

7 BGH, Urteil vom 8.5.1959, GRUR 59 S. 423, "Fußballstiefel"

8 siehe Fußnote 1 "Maggi"

9 BGH, Urteil vom 14.7.1961, GRUR 62 S. 144, "Buntstreifensatin I"

Die Klägerin, Herstellerin des Kunstleders "skai" brachte eine Kunstledersorte auf den Markt, die sie mit einem lederartigen Oberflächendruckmuster versah. Diese besondere Kunstlederart nannte sie "skai-cubana". Dieses Oberflächendruckmuster beruhte auf der Fotografie eines geschmacklich besonders ansprechenden Teils einer gegerbten Rindshaut und sollte den Eindruck echten Leders erwecken. Die Beklagte brachte später ebenfalls ein solches Kunstleder auf den Markt. Auch hier machte die Klägerin ein Ausstattungsrecht geltend und klagte auf Unterlassung.¹⁰

Die Klägerin stellte Sportschuhe her, die längsseits des Schuhschaftes angeordnete Außenriemen aufwiesen. Diese Riemen beginnen auf beiden Schuhseiten im Ballenbereich der Sohle und werden nach oben und hinten um die Versenkappe herum geführt. Diese Riemen hatten die verschiedensten Farben, als Kontrast zur Farbe des Schuhschaftes. Die Beklagte verwandte für die von ihr hergestellten Sportschuhen ähnliche Riemen mit einer zum Schuhschaft kontrastierenden Farbe. Für diese Riemen, die das Ausbeulen der Sportschuhe nach der Seite und nach der Länge verhindern und außerdem das Schaftleder im Ballenbereich gegen Abscheuern schützen sollen, machte die

10 BGH, Urteil vom 4.11.1966, GRUR 1967 S. 315, "skai-cubana"

Klägerin Ausstattungsschutz geltend.¹¹

Die Parteien stellten asymmetrisch geformte Vasen her. Für gerade diese asymmetrische Formgebung beanspruchte die eine Partei Ausstattungsschutz.¹²

Die o.a. Fälle sind Wirklichkeit gewordener Ausdruck der Problematik, um die es in vorliegender Arbeit u.a. geht. Hier stehen sich verschiedene Interessen diametral gegenüber. Einmal das Interesse des Herstellers daran, daß - vordergründig - niemand seine "Ausstattung" nachahmt (in Wirklichkeit daran, daß niemand die von ihm hergestellte besondere Ware fertigt), zum anderen das Interesse der anderen Gewerbetreibenden daran, die ihnen im marktwirtschaftlichen System gegebene Möglichkeit wahrzunehmen, auch derartige Waren herzustellen, sowie das Interesse der Abnehmer daran, daß mehrere die gleichen Waren anbieten und sich dadurch Konkurrenz machen, welche Konkurrenzsituation sich zugunsten der Verbraucher im Preis und in der Qualität nierschlägt. Setzte sich der Standpunkt der "Kläger" durch, so könnte dies u.a. heißen, daß hinsichtlich der von ihnen hergestellten Waren ein Herstellungsmonopol errichtet würde bzw. daß technische Gestaltungen, die einen Fortschritt darstellen, anderen Herstellern u.a. versperrt wären. Den Schaden davon hätten wiederum die Konkurrenten und die Allgemeinheit.

11 BGH, Urteil vom 9.1.1962, GRUR 1962 S. 299 "form-strip"

12 BGH, Urteil vom 9.12.1958, GRUR 1959 S. 289 "Rosenthal-Vasen"

Auch als "Auffang-Tatbestand" hat die Ausstattung noch große praktische Bedeutung. Es kann z.B. sein, daß als eingetragenes Warenzeichen lediglich ein Wortzeichen geschützt ist, das einen besonderen Hintergrund oder ein besonderes Schriftbild besitzt. Ist nun das Wortzeichen, mit dem der "Nachahmer" seine Ware versieht, mit dem Wortzeichen des Klägers nicht verwechslungsfähig, so kann aber z.B. der besondere Hintergrund oder die bestimmte grafische Ausgestaltung des Wortzeichens an Ausstattungsschutz genießen, wenn der Hintergrund und die besondere Schriftart als solche kennzeichnend wirken und diesbezüglich auch Verkehrsgeltung erworben haben. Über den Ausstattungsschutz kann demgemäß, auch wenn die Wortzeichen direkt nicht verwechslungsfähig sind, dieses Waren(Wort)-Zeichen indirekt geschützt werden. Ein Beispiel dafür: Die Klägerin versah die von ihr hergestellten Konservendosen mit einer weißen Negativschrift, auf einen schwarzen Balken gesetzt, mit dem Wortzeichen: "Bassermann". Die Beklagte setzte ihr Wortzeichen "Ingelfinger" auch in Negativschrift in einen ähnlichen schwarzen Balken. Der schwarze Balken mit der Negativschrift wurde vom BGH als ausstattungs-schutzfähig angesehen.¹³

2. In der Ausstattung wird ^{die} geistig-gewerbliche Leistung geschützt, enger gefaßt: das Leistungssymbol, das die Ausstattung darstellt.¹⁴ Das Ausstattungsrecht

13 BGH, Urteil vom 14.4.1965, GRUR 19 66 S. 30, "Konservendosen"

14 Hubmann, aaO S. 33

schützt das Sinnbild der Werbeleistung des Kaufmanns, und damit die Werbeleistung selbst.¹⁵ Die Ausstattung ist ein Recht an einem unkörperlich-geistigen Gegenstand, der einen erheblichen wirtschaftlichen Wert repräsentiert, ein Vermögensrecht an einem verselbstständigten verkehrsfähigen geistigen Gut, somit ein Immaterial-Güterrecht und der Wirkung nach ein subjektiv absolutes Recht.¹⁶ Als subjektives absolutes Recht gibt sie dem Schutzrechtsinhaber Benutzungsbefugnisse insofern, als der Inhaber der Ausstattung berechtigt ist, seine Waren mit seinem Zeichen zu versehen, die so gekennzeichneten Waren in Verkehr zu setzen etc., und verleiht ihm die Rechtsmacht, gegen alle Beeinträchtigungen seines Rechtes vorzugehen, z.B. andere von der Benutzung der Ausstattung auszuschließen und gegen Rechtsverletzungen mit der Schadensersatz- und Unterlassungsklage vorzugehen - Ausschlußwirkung. Rechtsnatur und Schutzwirkung der Ausstattung sind demnach dem Eigentumsrecht an einer Sache ähnlich.

Die Ausstattung ist eine besondere Art der Warenbezeichnung.¹⁷ Die Spannweite der Gestaltungen, die Ausstattung sein können, ist bedeutend größer als die Spannweite der Gestaltungen, die Warenzeichen sein können. Das Warenzeichen ist ein Unterfall der Ausstattung. Daraus folgt, daß alles, was Warenzeichen sein kann, auch Ausstattung sein kann, somit Wörter, Sätze, Bilder, Zeichen aus

15 aaO S. 38, 39

16 aaO S. 43

17 aaO S. 225

Wort- und Bildelementen, einzelne Buchstaben oder Zahlen. Darüberhinaus können reine Farben oder Farbkombinationen, 3-dimensionale Gestaltungen, Ausstattung sein.¹⁸

Im Gegensatz zum Warenzeichenrecht, das aufgrund eines formalen Aktes entsteht, nämlich der Eintragung in die Zeichenrolle gem. § 2 WZG, entsteht das Ausstattungsrecht ohne Formalitäten, der Akt der Entstehung knüpft lediglich an den Werbeerfolg einer Warenbezeichnung, an ihre Verkehrsgeltung, an.¹⁹ Ein tatsächlicher Zustand, nämlich die Durchsetzung der Ausstattung im Verkehr führt zur Entstehung des Ausstattungsrechtes.

Allerdings ist der Geltungsbereich der Ausstattung grundsätzlich kleiner als der des Warenzeichens, da sich der Schutz des Warenzeichens auf das ganze Bundesgebiet erstreckt, der der Ausstattung nur auf das Gebiet, in dem sie Verkehrsgeltung genießt.²⁰

Das Ausstattungsrecht ist Bestandteil des großen Gebiets des gewerblichen Rechtsschutzes, zu dem u.a. auch das Patent- und Gebrauchsmusterrecht, das Geschmacksmusterrecht und das Wettbewerbsrecht gehören. Alle Regelungen, die unter den Begriff des gewerblichen Rechtsschutzes fallen, wollen die gewerbliche Betätigung fördern, die

18 Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. 2, Warenzeichenrecht, § 25 WZG, Anm. 2

19 Hubmann aaO

20 aaO, S. 227

Entfaltung der Persönlichkeit auf wirtschaftlichem Gebiet ermöglichen, ihre Interessen gegenüber den Belangen der übrigen Gewerbetreibenden und der Allgemeinheit abgrenzen u.a. dadurch, daß Entstehung und Schutzzumfang gewerblicher Rechte geregelt werden.²¹

Das Wesen und die Aufgabe der Ausstattung als Warenkennzeichen ist, die Ware des Inhabers des Ausstattungsrechtes von den Waren anderer zu unterscheiden.²² Ein "Reflex" der Herkunftsfunktion auf tatsächlichem Gebiet, ohne daß daraus ein rechtlich relevanter Tatbestand entstünde, ist die Vertrauens- und Werbefunktion der Ausstattung, welche Funktionen sich im Wirtschaftsleben bedeutend auswirken. Setzt sich die Ausstattung im Verkehr durch, ist die Ware von guter Qualität, so wird sich der Verbraucher beim Anblick der Ausstattung an diese gute Qualität erinnern und davon ausgehen, die Ware, die er jetzt zu kaufen beabsichtigt, habe dieselbe Qualität wie die frühere. Gleichzeitig hat die Ausstattung einen Werbeeffect insofern, als der Verbraucher beim Anblick der Ausstattung an die Ware, um deren Ausstattung es sich handelt, erinnert wird.²³

Die Ausstattung unterscheidet sich als Warenbezeichnung von der Unternehmerbezeichnung, zu der einmal der Name und die Firma, zum anderen die besondere Geschäftsbe-

21 vgl. aaO S. 1

22 Baumbach-Hefermehl aaO Einleitung WZG, Anm. 7

23 Baumbach-Hefermehl aaO Anm. 13, 14

zeichnung und das bloße Geschäftsabzeichen gehören, dadurch, daß die Unternehmungsbezeichnung entweder die Person des Unternehmensinhabers und das von ihr betriebene Unternehmen oder allein das Unternehmen oder dessen Teile bezeichnet, während die Ausstattung die Ware als aus einem bestimmten Betrieb stammend individualisiert.²⁴ Allerdings kann eine Unternehmensbezeichnung auch als Kennzeichen für eine Ware gebraucht werden, z.B. "BMW". Das ist sowohl die Unternehmensbezeichnung als auch die Bezeichnung, mit der die Waren dieses Unternehmens versehen werden.²⁵

3. Die Ausstattung als solche gibt es nicht. Sie muß, um in Erscheinung zu treten, sich in der Wirklichkeit konkretisieren, d.h. sie braucht einen "Träger". Dieser "Träger" ist nicht geschützt, vielmehr nur die Kennzeichnungswirkung, zu der er der Ausstattung verhilft.²⁶ In § 25 I WZG ist nicht klar gesagt, welche "Träger" der Inhaber der Ausstattung verwenden darf. Es ist in dieser Bestimmung lediglich gesagt, welche "Träger" der "Nachahmer" nicht verwenden darf, d.h. welche Gegenstände er mit der geschützten Ausstattung nicht versehen darf.

Welche Gegenstände "Träger" der geschützten Ausstattung sein können, ergibt sich grundsätzlich daraus, daß die Ausstattung der Warenkennzeichnung dient. Es kann Träger

²⁴ Baumbach-Hefermehl aaO Anm. 3

²⁵ Baumbach-Hefermehl aaO Anm. 4

²⁶ Baumbach-Hefermehl § 25 WZG Anm. 6

einer Ausstattung somit jeder Gegenstand sein, der mit der zu kennzeichnenden Ware in einem so engen Zusammenhang steht, daß der Abnehmer eine "gedankliche Brücke" zur Ware schlägt, d.h. erkennt, daß die Ausstattung zur Ware gehört und ihrer Unterscheidung von Waren anderer dient.²⁷

Dieser Zusammenhang mit der Ware ist klar, wenn die Form der Ware selbst die Ausstattung darstellt, d.h. die Ware Träger der Ausstattung ist, wie z.B. bei Seife in Kugelform. Unproblematisch ist dies auch bei der Verpackung oder Umhüllung der Ware, wie z.B. die Umhüllung der Underberg-Flaschen mit braunem grobem Packpapier. Klar ist auch die Beziehung, wenn kennzeichnende Anhänger an der Ware angebracht werden, wie z.B. der kleine Elefant aus Kunststoff, der an die Likör-Flaschen "Mampe" angehängt ist. Dasselbe gilt für die blau-weiße Farbe der Tanksäulen etc. der Firma Aral.

Problematisch ist, ob Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe etc. Träger einer Ausstattung sein können. An sich spricht der Zweck des § 25 WZG dagegen, da normalerweise diese Gegenstände eine zu lose Verbindung zu der zu kennzeichnenden Ware haben.²⁸ Die auf den Ankündigungen, Preislisten etc. gesetzte "Ausstattung" dient normalerweise in solchen Fällen der Bezeichnung des Unternehmens. Ausnahmsweise können Preislisten etc. Träger der Ausstattung sein, wenn auf

27 Baumbach-Hefermehl aaO Anm. 6

28 Storkebaum-Kraft, § 25 WZG, Anm. 8

ihnen auch die Ware oder ihr Warenzeichen abgebildet ist.²⁹

4. Die Ausstattung kann aus Wörtern, Slogans, Buchstaben, Zahlen etc. bestehen. Sie kann aber auch aus technischen und ästhetischen Gestaltungen bestehen. Die Prüfung, inwieweit solche Gestaltungen Ausstattungs-schutz genießen können, ist Gegenstand dieser Arbeit.

Technische Gestaltungen haben einen technischen Zweck, d.h. sie wollen ein technisches Problem lösen; sie wollen oft eine Regel für technisches Handeln geben.³⁰ Das technische Problem kann z.B. darin bestehen, dem Menschen bei einer Verrichtung Mühen zu ersparen, z.B. die Mühe der Befestigung des Skischuhs in der Skibindung; diese Mühe ist ihm durch die "Fersenautomatik" abgenommen. Das technische Problem kann auch, um bei den Bindungen zu bleiben, darin bestehen, im Falle des Sturzes die Kräfte, die auf das Bein des Skifahrers wirken und es zu brechen drohen, zu mildern. Dieses Problem ist bei der Sicherheits-Skibindung gelöst. Technische Gestaltungen erfolgen grundsätzlich, um einen technischen, einen Gebrauchszweck zu fördern. So ist z.B. auch ein rechteckiger, an der unteren Seite über die ganze Breite einer Wandsteckdose gewölbter Deckel, auf welcher Wölbung eine rechteckige erhabene Nase verläuft,³¹ eine technische Gestaltung.

29 Baumbach-Hefermehl, aaO

30 Hubmann S. 75

31 BGH, Urteil vom 5.1.1962, GRUR 1962 S. 409, "Wandsteckdose"

Die gewölbte Form des Deckels und die darauf befindliche "Nase" zeigen an, mit welcher Seite und in welcher Richtung der Stecker in die Dose eingeführt werden muß. Auch ein aus Pappe gestanztes, am Rande gezacktes sogenanntes Sternkärtchen, das in der Mitte durchlocht ist und auf das Nähseide gewickelt ist,³² ist eine technische Gestaltung. Es wird auf den Zapfen der Nähmaschine aufgesetzt, das Garn wird in die Öse der Nähnadel eingeführt, durch den Zug des Garns wickelt sich das Garn auf dem Sternrädchen ab.

Ästhetische Gestaltungen sind "zwecklos". Sie dienen keinem technischen und/oder Gebrauchszweck, sie sollen vielmehr auf das ästhetische Empfinden, auf das Gemüt, des Menschen durch ihre Schönheit oder Eigenart einwirken. Ästhetische Gestaltungen sind z.B. Jungen aus Gummi mit gespreizten Beinen, die Hände in den Hosentaschen, Kopf und Blick nach links gewandt³³, eigenartig geformte kleine Menschenfiguren aus Ton mit einem besonderen Ausdruck des Körpers und des Gesichts.³⁴ Ein Kunstleder, das ein ästhetisch besonders reizvolles lederartiges Oberflächendruckmuster hat, das den Eindruck echten Leders erweckt.³⁵ Trainingsanzüge mit 3 parallelen, gleich breiten zum einfarbigen Stoff stark

32 Reichsgericht, Urteile vom 24.3.1903, RGZ 54 S. 173 und 2.6.1908 RGZ 69 S. 31 "Sternrad"

33 RG, Urteil vom 30.10.1926, RGZ 115, S. 183, "Kleiner Gernegroß"

34 BGH Urteil vom 22.1.1952, BGHZ 5 S. 1, "Hummel-Figuren"

35 BGH Urteil vom 4.11.1966, GRUR 1967 S. 315 "Skai-cubana"

kontrastierenden Streifen, die über die Schulter an den Außenseiten beider Ärmel und seitlich an der Hose verlaufen.³⁶

5. Technische Gestaltungen können durch das PatG³⁷ und durch das GebrMG³⁸ geschützt werden. Patent- und Gebrauchsmusterrecht schützen die erfinderische Leistung auf technischem Gebiet, wobei ersteres höhere, letzteres geringere Anforderungen stellt.³⁹ Geschützt werden aufgrund der technischen Schutzrechte lediglich Erfindungen. Auch im Gebrauchsmusterrecht ist eine Erfindung Schutzvoraussetzung, wobei jedoch an die Erfindungshöhe geringere Anforderungen gestellt werden. Die Erfindung ist eine auf individueller Leistung beruhende Anwendung einer technischen Idee mit fortschrittlicher Wirkung.⁴⁰ Schutzgegenstand der technischen Schutzrechte ist die im Erfindungsgegenstand liegende Erfindungsidee, die in ihr zur Erscheinung kommende geistige Regel, das technische Prinzip.⁴¹ Der Patentinhaber ist allein befugt, gewerbsmäßig den Gegenstand der Erfindung herzustellen, in Verkehr zu bringen, feil zu halten oder zu gebrauchen; maßt sich ein anderer diese Befugnisse an, kann er vom Patentinhaber auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.⁴² Durch die analogen Bestimmungen der

36 BGH, Urteil vom 15.10.1971 BB 1972 S. 380 "Trainingsanzug"

37 Patentgesetz vom 5.5.1936 i.d.F. vom 2.1.68

38 Gebrauchsmustergesetz vom 5.5.1936 i.d.F. vom 2.1.68

39 Hubmann, aaO S. 33

40 aaO S. 73

41 aaO S. 75

42 §§ 6, 47 I PatG

§§ 5 I, 15 GebrMG ist der Inhaber des Gebrauchsmusters geschützt.

Der Urheber ästhetischer Gestaltungsformen wie Stoffmuster, Vasen, plastische Figuren, die als Ware hergestellt und vertrieben werden, wird durch das GeschmMG⁴³ geschützt. Geschützt ist der Formgedanke, daran erwirbt der Urheber nach Erfüllung der Formalien ein subjektives absolutes Recht, das Geschmacksmusterrecht.⁴⁴

In den erwähnten technischen und ästhetischen Schutzrechten unternahm der Gesetzgeber einen Interessenausgleich. Es stehen sich folgende Interessen gegenüber: Der Erfinder bzw. der Musterurheber haben ein Interesse daran, aus ihrer Leistung so viel wie möglich herauszuholen. Dies wird voll gewährleistet, wenn ihnen die alleinige Verwertung dieser Rechte zugebilligt wird. Die Interessen der Allgemeinheit sind zwiespältig. Einerseits profitiert sie dadurch, daß dem Erfinder bzw. Musterurheber durch sein alleiniges Verwertungsrecht ein Anreiz zur Anspannung seiner geistigen Kräfte gegeben wird, denn an den Ergebnissen dieser geistigen Arbeit hat die Allgemeinheit teil, andererseits würde eine zu lange oder gar immerwährende Monopolisierung der Leistungsergebnisse der Erfinder oder Musterurheber einen Stillstand, d.h. einen Rückschritt der technischen bzw. ästhetischen Entwicklung bedeuten, was in der heutigen Zeit, die immer mehr auf technischen Fortschritt angewiesen ist, eine

⁴³ Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen vom 11.1.1876

⁴⁴ Hubmann S. 3

tödliche Gefahr wäre. Der Versuch des Gesetzgebers, diese widerstreitenden Interessen auszugleichen, fand den Niederschlag in der zeitlichen Begrenzung der gewerblichen Schutzrechte. In § 10 I PatG ist die Höchstdauer auf 18 Jahre für das Patentrecht, in § 14 GebrMG für das Gebrauchsmusterrecht auf 6 Jahre festgelegt. Gem. § 8 GeschmMG hat der Musterurheber in der Regel einen Schutz bis zu 3 Jahren, höchstens jedoch bis zu 15 Jahren.

Die relativ kurze Schutzfrist der technischen Schutzrechte erklärt sich daraus, daß die Erfindungsidee an sich geistiges Gemeingut ist und daher der Allgemeinheit nicht zu lange entzogen werden darf. Der Erfinder baut zum überwiegenden Teil auf der technischen Entwicklung auf, die er vorfand und zu der er nichts beitrug. Die "Allgemeinheit" erbrachte insofern erhebliche "Vorleistungen". Seiner "Persönlichkeit" verdankt der Erfinder die Leistung nicht in dem Maße, wie z.B. der Komponist oder der Dichter, der eine sehr viel höhere geistig-individuelle und schöpferische Leistung erbringt. Die Person des Erfinders ist "ersetzbar". Dieselbe Erfindung wäre im Laufe des normalen Fortschritts der Technik über kurz oder lang auch von anderen gemacht worden.⁴⁵ Dasselbe gilt für die Person des Musterurhebers, auch er ist "ersetzbar".

Die Ausstattung genießt demgegenüber grundsätzlich einen Schutz von unbegrenzter Dauer. Dies rechtfertigt sich daraus, daß der Inhaber der Ausstattung diese "aus dem Nichts" geschaffen, sie mit großen Anstrengungen und Kosten im Ver-

⁴⁵ Hubmann S. 50

kehr durchgesetzt hat und er stets aufs neuen sich bemühen muß, die Durchsetzung im Verkehr zu erhalten, da der Schutz der Ausstattung sonst erlischt.

Es sind Fälle denkbar, in denen die Erfindungsidee und der Formgedanke, die aus den o.a. Gründen einen nur zeitlich begrenzten Schutz genießen, via Ausstattungsschutz einen immerwährenden Schutz genießen könnten. Es ist u.a. Aufgabe dieser Arbeit zu klären, welcher der Gesichtspunkte in einem solchen Fall dominieren soll, ob Interessen an der zeitlichen Begrenzung des Schutzes der technischen und ästhetischen Schutzrechte derart dominieren sollen, daß sie die Argumente, die für einen zeitlich unbegrenzten Schutz der Ausstattung sprechen, verdrängen. Im Prinzip stehen sich gegenüber das Interesse der Allgemeinheit an einer Verwertung des Erfindungs- bzw. des Formgedankens nach Ablauf der Schutzfrist und das Interesse des Inhabers der Ausstattung daran, daß das Symbol einer Werbeleistung geschützt wird, solange diese Leistung erbracht wird. Es gibt jedoch Konstellationen, in denen das Interesse der Allgemeinheit mit dem Interesse des Inhabers der Ausstattung konform geht, nämlich, wenn es um die "Vertrauensfunktion" der Ausstattung geht.

III. Kapitel:

Begriff der Ausstattung

Rechtsquelle des Ausstattungsrechtes ist § 25 WZG.¹

1 Warenzeichengesetz vom 5.5.1936 i.d.F. vom 9.5.1961

Bis zum 5.5.1936 entsprach dem § 25 n.F. der § 15 a.F.,
der lautete:

"Wer zum Zwecke der Täuschung in Handel und Verkehr Waren oder deren Verpackung oder Umhüllung, oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen mit einer Ausstattung, welche innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleichartiger Waren eines anderen gilt, ohne dessen Genehmigung versieht, oder wer zu dem gleichen Zweck derartig gekennzeichnete Waren in Verkehr bringt oder feil hält, ist dem Verletzten zur Entschädigung verpflichtet oder wird mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu 3 Monaten bestraft."

Diese alte Fassung wird zitiert, da die angeführten Urteile des RG und das angeführte Schrifttum bis zum Jahre 1936 auf diesem Wortlaut basieren. Auf den Begriff der Ausstattung, der dem Gesetzeswortlaut zu entnehmen ist, hatte die Änderung des Wortlauts ab 5.5.1936 keinen Einfluß.

Entscheidend ist der Passus:

... Waren oder ihre Verpackung oder Umhüllung ...
mit einer Ausstattung versieht, die ... als Kenn-
zeichen gleicher oder gleichartiger Waren eines
anderen gilt ...

Zur Ergänzung muß § 1 WZG herangezogen werden, dessen

wesentlicher Inhalt in diesem Zusammenhang besteht in den Worten:

"... sich zur Unterscheidung seiner Waren von den Waren anderer eines Warenzeichens bedienen will ..."

Es besteht ein Unterschied zwischen dem Entstehungsstatbestand des Ausstattungsrechtes und des schutzfähigen Warenzeichens, der u.a. darin liegt, daß der Inhaber des Warenzeichens durch die Anmeldung desselben klar zu erkennen gibt, daß er das Merkmal, das er als Warenzeichen anmeldet, zur Kennzeichnung seiner Ware benutzen will. Bei der schutzfähigen Ausstattung kann der Verkehr ohne den Willen des Inhabers der Ausstattung das Merkmal zu einer ausstattungsfähigen Gestaltung machen. Dieser Unterschied im Entstehungsstatbestand ist hier jedoch bedeutungslos.

Entscheidend ist, daß es sich bei der Ausstattung um ein Merkmal handeln muß, das als Kennzeichen der Waren eines bestimmten Herstellers gilt bzw. der Unterscheidung von Waren anderer dient.

Daraus ergibt sich als Definition der Ausstattung

Ausstattung ist jedes Merkmal einer Ware, durch das sie sich von gleichartigen Waren anderer unterscheidet, und aufgrund dessen der Abnehmer die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betrieb erkennen kann.

Sehr brauchbar zur Lösung der Zweifelsfälle ist die be-

reits 1897 von Kent gefundene Formulierung, daß Ausstattung nicht sein kann ein Merkmal, das dazu dient, eine Ware von anderen Waren zu unterscheiden, daß vielmehr das Merkmal dazu dienen muß, eine Ware von der gleichartigen Ware anderer zu unterscheiden.^{1a}

Für die weitere Erörterung muß festgehalten werden, daß die Bejahung der Ausstattungsfähigkeit noch nichts darüber besagt, ob diese Ausstattung auch geschützt ist.

1. Es wurde schon erwähnt,² daß der § 25 WZG nicht direkt Auskunft darüber gibt, welche Voraussetzungen derjenige, der ein Ausstattungsrecht in Anspruch nimmt, erfüllen muß. § 25 setzt das Bestehen eines Ausstattungsrechts voraus und regelt lediglich die Folgen, wenn ein anderer die geschützte Ausstattung benutzt.

Aus dem Sinn des § 25 WZG im Zusammenhang mit dessen § 1, die ja beide von Merkmalen ausgehen, die die Ware kennzeichnen und von den Waren anderer unterscheiden, ergibt sich zwangslos, daß die Ausstattung mit der Ware nicht identisch sein kann. Dann nämlich könnte sie nicht die Ware von gleichartigen Waren anderer, sondern nur die Ware von anderen Waren unterscheiden.³

1a Kent, Das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnung vom 12. Mai 1894, Berlin 1897

2 II. Kapitel, Zi. 3

3 siehe Fußnote 1a

Dasselbe gilt für die Ausstattung von Verpackungen und Umhüllungen. Auch hier darf die Ausstattung nicht mit der Verpackung oder Umhüllung identisch sein.

Auf jeden Fall muß, wenn ein Merkmal ausstattungs-fähig ist, dieses Merkmal, wie schon die Auslegung dieses Wortes sagt, etwas sein, was zur Ware, zu ihrer Verpackung oder Umhüllung einen "kennzeichnen-den Überschuß" darstellt. Daß etwas "hinzukommen muß" ist nicht im Sinne einer körperlichen Zutat zu ver-stehen. Faßt man den Begriff "Zutat" nicht körper-lich sondern als ein gedankliches Hilfsmittel, als eine Art Seziermesser, mit dem man von der Ware alle Elemente trennen kann, die nicht die Ware als solche ausmachen, auf so ist der Terminus "Zutat" brauch-bar. Nur so kann der Begriff "Zutat" verstanden werden, wenn er nicht damit in Widerspruch geraten soll, daß z.B. die eigenartige kennzeichnende Gestal-tung der Ware selbst Ausstattung sein, die Ausstat-tung mit der Ware ein stoffliches Ganzes bilden, sie von der Ware körperlich nicht zu trennen sein kann.⁴

Das meint auch der BGH, wenn er in seinem Urteil, betreffend die Hummel-Figuren, formuliert, daß die Ausstattung etwas vom Wesen der Ware, so wie der Verkehr diese wertet, zwar nicht körperlich, so doch begrifflich Verschiedenes sein muß, was aber nicht ausschlieÙe, daß auch die eigenartige kenn-

⁴ Baumbach-Hefermehl, § 25 WZG Anm. 6

Zeichnende Gestaltung der Ware selbst Ausstattungsschutz genießen könne; in solchen Fällen dagegen, in denen nach der Verkehrsauffassung mit dem Wegfall der Gestaltungsform die handelbare Ware selbst entfiele, könne die Formgebung nicht als Ausstattung der Ware gelten.⁵ Dieses Urteil des BGH wurde grundlegend für die Beurteilung, was Ausstattung sein kann oder nicht, "es machte Schule". Dabei wird aber oft übersehen, daß bereits sehr viel früher diese Kriterien herausgearbeitet wurden. So nahm Kent⁶ bereits 1897 die Erkenntnis des BGH vorweg, indem er formulierte, daß die Form, welche durch die Natur der Ware gegeben, also eine notwendige Eigenschaft oder ein wesentlicher Bestandteil derselben sei, nicht als Ausstattung geschützt werden könne, weil dieselbe dazu diene, die Ware von anderen Waren, nicht aber von den Waren anderer zu unterscheiden. Im Jahre 1931 arbeiteten Gottschalk und Kirchberger in einer Anmerkung zu dem Urteil des LG Aachen,⁷ das über die Ausstattungsfähigkeit eines modischen Musters für Stoffe entschied, heraus, daß die Ausstattung immer nur Zutat zur Ware sein, allerdings auch in der besonderen Art der Formgebung bestehen könne. Ausstattung sei immer nur etwas, was zum eigentlichen Wesen, dem Kern der Sache hinzu-

5 BGH, Urteil vom 22.1.1952, BGHZ 5 S. 1 (5)
"Hummel"

6 siehe Fußnote 1

7 LG Aachen, Urteil vom 8.7.1930, GRUR 31, S. 764

träte, also nicht schon zu dem Wesen, dem Kern der Sache selbst gehöre. Das sei nicht in dem Sinne zu verstehen, daß die Zutat körperlich getrennt werden könne. Die Zutat könne auch in der Färbung und Formgebung der Sache bestehen, ~~de~~ körperlich eine Trennung ausschließe. Die Zutat müsse aber wenigstens begrifflich von der Sache getrennt gedacht werden können, ohne daß die Sache selbst aufhöre, noch dieselbe Sache zu sein. Man könne sich bei Modestoffen die Musterung nicht hinwegdenken, ohne daß die Ware aufhöre, dieselbe Ware zu sein.⁸ Die Ausstattung müsse immer eine von der Ware selbst trennfähige Zutat sein und dürfe nicht hinweggedacht werden können, ohne daß die Ware ihre Eigenart verlöre; die schöne Form und das schöne Muster als solches könnten nicht über die Ausstattung geschützt werden.⁹

8 Gottschalk, Der Schutz von Modeneuheiten, (Kollektionsschlagern) GRUR 1931, S. 936 (937). Dies ist eine Vorwegnahme des Urteils des BGH vom 14.7.1961, GRUR 1962, S. 144 "Bunstreifensatin I"

9 Kirchberger, Anmerkung zum Urteil des LG Aachen vom 8.7.1930, JW 1931, S. 1936 (1937)

Diese Probleme stellen sich bei der Verpackung oder Umhüllung kaum. Weist die Ware selbst Merkmale auf, für die z.B. der Hersteller ein Ausstattungsrecht geltend macht, so kommt man oft durch die Frage, bleibt die Ware dieselbe, wenn man sich die betreffenden Merkmale hinwegdenkt, zum Ergebnis: es liegt keine Ausstattung vor. Diese Merkmale, für die Ausstattungsfähigkeit in Anspruch genommen wurde, sind, da sie zur Ware gehören, notwendig, also nicht beliebig auswechselbar. Anders bei der Verpackung oder Umhüllung. Hier sind Merkmale, die für die Verpackung oder Umhüllung als solche konstitutiv sind, kaum denkbar. Für Verpackungen oder Umhüllungen stehen zahlreiche Variationsmöglichkeiten zur Verfügung, die im Prinzip auswechselbar sind, ohne daß man, wenn eine Variante wegfiel, sagen könnte, es handle sich nicht mehr um eine Verpackung oder Umhüllung. Deutlich wird dies z.B. bei der Verpackung der Underberg-Flaschen mit braunem, grobem Packpapier. Diese Verpackung ist sehr einfach, "elementar". Sie enthält praktisch keine "Zutat", kein ästhetisches Attribut. Dennoch handelt es sich hier eindeutig um eine geradezu klassische Ausstattung, denn die Verpackung hätte in tausenderlei anderen Erscheinungsformen hergestellt werden können. Ähnliches gilt z.B. für die Doornkaat-Flasche.

Aus dem Wortlaut des § 25 WZG in Zusammenhang mit § 1 WZG ergibt sich auch, daß das Merkmal, das eine

Ausstattung darstellen soll, geeignet sein muß, auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betrieb hinzuweisen und damit unterscheidungskräftig zu sein.

Es ist jedoch nicht erforderlich, daß das Merkmal von Natur aus und ursprünglich neu, oder eigenartig, also unterscheidungskräftig sein muß. Dies deshalb, weil das Ausstattungsrecht oder der Ausstattungsschutz sowieso erst dann gegeben ist, wenn das Merkmal sich im Verkehr als Warenkennzeichen durchgesetzt hat. Es ist dann schließlich gleichgültig, ob die Ausstattung von Anfang an unterscheidungskräftig war. Wenn der Inhaber der Ausstattung durch gesteigertes Bemühen einem an sich anfänglich nicht unterscheidungskräftigen Merkmal Verkehrsgeltung verschafft, so hat er das Ausstattungsrecht zur Entstehung gebracht, und durch den Tatbestand der Verkehrsgeltung steht dann auch fest, daß das Merkmal als Warenkennzeichen geeignet ist. Zu diesem Ergebnis kommt man auch über § 4 III WZG. Hier ist verankert, daß selbst von Natur aus nicht unterscheidungskräftige Kennzeichen dann eintragungsfähig sind, wenn sie sich im Verkehr durchgesetzt haben.

Die Rechtsprechung erkannte die Ausstattungsschutzfähigkeit und damit die Ausstattungsfähigkeit für folgende technische und ästhetische Gestaltungen an: Für die Form von Lichtkuppeln aus Kunststoff, die Lichtöffnungen von Gebäuden von außen abdecken und das

Licht hindurch lassen sollen, mit rundem und rechteckigem Grundriß; diese Formen hatten ursprünglich lediglich Arbeits- und keine Kennzeichnungsfunktion; es sei noch nicht einmal eine Werbung speziell in der Richtung eines Bedeutungswandels von einer Arbeits- zu einer Kennzeichnungsfunktion erforderlich; wenn tatsächlich der Verkehr diese Formen als Warenkennzeichnung betrachte, so sei es unerheblich, ob diese Merkmale von Natur aus unterscheidungskräftig seien.¹⁰

Für einen gewölbten Deckel über einer Wandsteckdose mit einer auf der Wölbung des Deckels verlaufenden rechteckigen, erhabenen Nase; auch hier war die Gestaltung, da zu einem Arbeitszweck bestimmt - es sollte darauf hingewiesen werden, mit welcher Seite und in welcher Richtung der Stecker in die Dose eingeführt werden muß - , nicht ein ursprünglich unterscheidungskräftiges Kennzeichen.¹¹ Der BGH schließt für eine in den Farben Rosa-Weiß gehaltene Verpackung kosmetischer Erzeugnisse Ausstattungsschutz nicht aus, da dieser Schutz nicht davon abhängig sei, ob die Ausstattung mehr oder weniger eigenartig sei,¹² auch nicht für die in den Farben Gelb-Rot gehaltene Verpackung von Suppenwürfeln,

10 BGH, Urteil vom 11.5.1962, GRUR 1962 S. 459, "Lichtkuppeln"

11 BGH, Urteil vom 5.12.1962, GRUR 1962 S. 409, "Wandsteckdose"

12 BGH, Urteil vom 29.3.1957, GRUR 1957 S. 369, "Rosa-Weiß"

Fertiggerichten u.a. der Firma Maggi.¹²

Festzuhalten ist also, daß ein Merkmal, das ursprünglich nicht unterscheidungskräftig ist und auf das der Inhaber der Ausstattung auch keine Hinweiswerbung entfaltet hat, Ausstattung sein kann. Wenn daher Baumbach-Hefermehl¹⁴ den Rechtsbegriff der Ausstattung folgendermaßen definiert:

Jede äußere Form oder Aufmachung, in der ein Unternehmen seine Ware in den Verkehr bringt oder für sie wirbt, um sie von gleichen oder gleichartigen Waren anderer Herkunft zu unterscheiden,

so ist der letzte Halbsatz: "... um sie ... zu unterscheiden" mißverständlich. Aus dieser Wendung könnte man entnehmen, daß das Unternehmen das Merkmal schon von Anfang an zum Zwecke der Unterscheidung wählen und die Ware damit versehen muß. Wie oben jedoch schon ausgeführt braucht der betreffende Unternehmer nicht gezielt darauf hinzuarbeiten, daß ein Merkmal seiner Ware zur Ausstattung wird, es genügt, daß der Verkehr tatsächlich dieses Merkmal als Kennzeichen seiner Ware betrachtet. Dies spricht der BGH in den Urteilen "Lichtkuppel"¹⁵ und "Wandsteckdose"¹⁶ klar aus.

13 BGH, Urteil vom 23.6.1967, GRUR 1968 S. 371 "Maggi"

14 Baumbach-Hefermehl, § 25 WZG Anm. 1 (a.E.)

15 siehe Fußnote 10

16 siehe Fußnote 11

- 1.1. Ausstattung kann nur sein, was von der Ware begrifflich verschieden ist, was nicht die Ware selbst ist. Es ist nun zu klären, was Ware ist, welche Elemente zu ihr notwendig gehören, d.h. welche Elemente wegfallen können, ohne daß die Ware aufhört, dieselbe Ware zu sein.

Die Ware ist ein Verbrauchs- oder Gebrauchsgut. Der Abnehmer kauft eine Ware, um irgendwelche Bedürfnisse damit zu befriedigen. Die Merkmale, deren Fehlen sich auf die Befriedigung der Bedürfnisse des Abnehmers nachteilig auswirken oder die Befriedigung gar ausschließen, gehören notwendig zur Ware.¹⁷ So kauft z.B. eine Abnehmerin einen Stoff, der ein modisches Muster aufweist, das ihr besonders gut gefällt. Ihr Bedürfnis, das sie mit dem Kauf dieses Stoffes befriedigt, geht dahin, einen Stoff mit dem speziellen, ihr besonders gut gefallenden Muster zu besitzen. Denkt man sich das Stoffmuster weg und ersetzt es durch ein anderes oder eine einheitliche Farbe, so handelt es sich für die Abnehmerin nicht mehr um die konkrete Ware, die sie zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse kaufen wollte. Wenn ein Kunde eine besonders geformte Toilettenseife haben will, z.B. eine herzförmige, so ist die Ware, die er haben will, die herzförmige Toilettenseife. Die Form gehört also zur Ware. Sie

17 Baumbach-Hefermehl, aaO Anm. 19

ist ein Unterscheidungsmerkmal das die Ware von anderen Waren unterscheidet.

Das Wort "Ware" hat in verschiedenen Gesetzesstellen verschiedene Bedeutung, so z.B. in den §§ 1 II Zi. 1 HGB, 3, 14, 18 UWG. So gibt es den Warennamen im allgemeinen Sprachgebrauch, z.B. die Ware Seife und den konkreteren und genaueren Sprachgebrauch, der auf die einzelnen Attribute innerhalb der Warengattung abhebt.¹⁸ Wenn der Abnehmer sich entschließt, eine Ware zu kaufen, so konkretisiert sich z.B. seine pauschale Vorstellung von der Gattung Stoff oder Seife auf einen sehr viel engeren Gattungsbegriff, oft sogar auf das konkrete Stück, das er z.B. im Schaufenster sieht. Er will z.B. gerade die herzförmige Toilettenseife oder den modischen Stoff, dessen Muster ihm so gut gefällt.

Alle Elemente, die für das Gefallen an der Ware und die Wertschätzung durch den Abnehmer wesentlich sind, gehören somit zur Ware.

Der Zweck der Ware ist gleich dem Wesen derselben, daher gehören zur Ware alle Elemente, ohne die die Ware den für sie wesentlichen Zweck nicht erfüllen kann.¹⁹ Dabei muß aber, wie unten noch gezeigt wird, ein ge-

¹⁸ Bezzenberger, Der Begriff der Ausstattung, i.S. des § 25 WZG, WRP 1956 S. 33 (35)

¹⁹ aaO S. 35

wisser objektiver Maßstab angelegt werden, da, wenn es alleine auf die Vorstellung des Käufers ankäme, der sich zum Kauf einer Ware entschließt, dies zu dem unbilligen Ergebnis führte, daß z.B. die 3 Streifen auf Sportschuhen²⁰ als zum Wesen der Ware gehörig betrachtet werden müßten und damit nicht ausstattungsfähig wären, wenn der Abnehmer die Sportschuhe gerade gekauft hätte, "weil sie 3 so schöne farbige Lederstreifen aufweisen". Alles, was unentbehrlich ist, um den Zweck, den die Ware für den durchschnittlichen Abnehmer hat, zu erfüllen, kann keine Ausstattung sein, mag es daneben im Verkehr auch als Herkunftshinweis verstanden werden.²¹ Die Bestimmung der Merkmale, die zur Ware gehören, kann weder rein objektiv noch subjektiv erfolgen. Würde man z.B. rein objektiv die Kriterien aufstellen, die z.B. zur Ware Seife oder zur Ware Stoff gehören, und würde man alle Elemente, die nach einer solchen Definition nicht für die Ware notwendig sind, als Ausstattung ansehen, so führte dies zu unbilligen Ergebnissen. Dann würde nämlich die herzförmige Form der Seife oder das besondere Muster des Stoffes als nicht zum Wesen der Ware gehörig und damit als ausstattungsfähig angesehen werden. In Wirklichkeit jedoch macht für den Abnehmer die herzförmige Form der Seife oder das besondere Muster des Stoffes gerade die Ware aus. Ließe man jedoch nur

20 BGH, Urteil vom 8.5.1959, GRUR 1959 S. 422
"Fußballstiefel"

21 Von der Osten, Die Verkehrsgeltung in Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht und ihre Feststellung im Prozeß S. 38

die subjektiven Vorstellungen des betreffenden Abnehmers entscheidend sein, so käme es auch, wie oben schon am Beispiel der 3 Streifen auf den Sportschuhen dargelegt wurde, zu Unzuträglichkeiten. Dieses Dilemma kann dadurch gelöst werden, daß man hinsichtlich der Bestimmung dessen, was unter "Ware" zu verstehen ist, auf die Vorstellungen der Abnehmer abstellt, die z.B. Stoffe mit dem und dem Muster oder so und so geformte Seifen haben wollen, sodann müßte eine Prüfung nach objektiven Kriterien stattfinden, ob diese Vorstellungen zu einer, wenn auch sehr differenzierten Art Ware sich verdichten können. Hat man so eine Ware bestimmt, müßte wiederum nach objektiv-subjektiven Kriterien geklärt werden, welche Elemente der Abnehmer gemeinhin von dieser Ware erwartet, welche Bedürfnisse er damit üblicherweise befriedigt und welche Eigenschaften die Ware haben muß, um diese Bedürfnisse zu befriedigen. Diese Elemente gehören dann zur Ware. Diese Abgrenzung ließe es dann nicht zu, daß z.B. von einer Ware "mit verschiedenfarbigen Lederstreifen versehene Sportschuhe" oder "Trainingsanzüge mit 3 parallelen, gleich breiten, zum einfarbigen Stoff stark kontrastierende Streifen, die über die Schultern an den Außenseiten beider Ärmel und seitlich an der Hose verlaufen"²² die Rede sein kann. Folgerichtig können diese Merkmale auch nicht Waren von anderen Waren unterscheiden, sondern Waren von Waren anderer Unternehmer. Die oben skizzierte Lösung führt dann auch zu dem Ergebnis, daß es eine

²² BGH, Urteil vom 15.10.1971, BB 1972 S. 380, "Trainingsanzug"

Ware: "bunte Bettwäsche"²³ und eine Ware: "Kunstleder mit dem Aussehen echten Leders"²⁴ gibt. Die bunten Streifen auf der Bettwäsche bzw. das Oberflächendruckmuster, das den Eindruck echter Ledernarbung hervorruft, sind wesentlich für die Ware, der Abnehmer kauft diese Dinge, gerade weil er diese konkrete Ware zu besitzen wünscht.

Es ist daher zu pauschal, wenn es bei Baumbach-Hefermehl heißt, bei Formungselementen, die sich an das ästhetische oder geschmackliche Empfinden richten, komme es bei der Bestimmung des Wesens der Ware auf die Auffassung des Publikums an.²⁵

Auch der BGH läßt teils objektive und teils subjektive Kriterien entscheiden, wenn er ausführt, daß sich die Frage, ob die Gestaltungselemente, für die Ausstattungsschutz begehrt wird, danach entscheidet, welchen Zweck diese Elemente erfüllen sollen und ob dieser Zweck für die Wertschätzung der Ware nach durchschnittlicher Auffassung ihres Abnehmerkreises von maßgebender Bedeutung ist.²⁶

Von der Osten formuliert ähnlich, ob ein Element zum Wesen der Ware gehöre, richte sich objektiv nach dem

23 BGH, Urteil vom 14.7.1961, GRUR 1962 S. 144, "Buntstreifensatin"

24 BGH, Urteil vom 4.1.1966, GRUR 1967 S. 315, "skai-cubana"

25 aaO § 25 WZG Anm. 19

26 BGH, Urteil vom 9.1.1962, GRUR 1962 S. 299, "form-strip"

Zweck, den sie nach der durchschnittlichen Auffassung ihrer Abnehmer erfüllen soll.²⁷

Zusammengefaßt: Nach den Bedürfnissen, die bestimmte Abnehmerkreise mit einer Ware befriedigen wollen, wird eine differenzierte Warengruppe gebildet; dann wird geprüft, welche Elemente zu dieser Warengruppe dergestalt gehören, daß sie unentbehrlich sind, daß ohne sie auch die Ware wegfielen; solche Elemente sind diejenigen, die ein durchschnittlicher Abnehmer bei der konkreten Warengruppe voraussetzt, die er zur Befriedigung seiner Bedürfnisse benötigt.

Nachfolgend wird dargelegt, daß zahlreiche ästhetische Gestaltungen schon jetzt aufgrund der obigen Kriterien sich als ausstattungsunfähig herausstellen. Bei rein technischen Gestaltungen führen die obigen Maßstäbe noch nicht zu einer Lösung des Problems, da hier die Vorstellungen des Verkehrs in der Regel nicht darüber entscheiden können, ob Merkmale zum Wesen der Ware gehören. Rein technische Gestaltungen wirken nicht optisch, ihr Wesen entfaltet sich "hinter den Kulissen."

Allerdings ist es mißverständlich, wenn Baumbach-Hefermehl meint, der Verkehr könne, da ihm die dafür nötige Fachkunde fehle, nicht entscheiden, ob technische Formungselemente zur Erfüllung des mit der Ware verfolgten

27 siehe Fußnote 17

Gebrauchs- oder Verbrauchszweck notwendig oder willkürlich gewählt sind.²⁸ Es gibt sehr wohl Fälle, in denen der in Betracht kommende Verkehr diese Sachkenntnis hat, wenn z.B. die Abnehmer einer Ware Fachhändler sind (z.B. der Radio- und Fernsehfachhandel, der die Gestaltungselemente von Radio- oder Fernsehrohren sehr wohl beurteilen kann).

1.2. Nachfolgend sollen aus der Rechtsprechung einige ausgewählte Fälle behandelt werden, die schon mit den bisher gewonnenen Maßstäben gelöst werden können.

Die Parteien fertigten Modestoffe. Die Stoffe der Klägerin wiesen ein besonders modernes Muster auf, das großen Erfolg hatte. Die Beklagte stellte Stoffe ganz ähnlichen Musters her.²⁹ Unrichtig nahm das Gericht an, daß das Muster Ausstattungsschutz genießen könne. Es gelte bei Groß- und Zwischenhandel als für die Herstellerin typisch und charakteristisch und sei daher ein Herkunftshinweis.

Wie oben schon erwähnt ist das modische Muster aber ein Element der Ware "Stoff mit modischem Muster", also für die Ware wesensbestimmend, es ist maßgebend für die Wertschätzung des Abnehmers und die Befriedigung seiner Bedürfnisse. Es kann daher darauf der Ausstattungsschutz nicht begründet werden, selbst wenn tatsächlich das Muster dem Groß- und Zwischenhandel einen Herkunftshinweis gäbe. Dabei ist im übrigen noch sehr fraglich, ob

28 siehe Fußnote 23

29 LG Aachen, Urteil vom 8.7.1930, GRUR 1931 S. 764 (760)

die in Betracht kommenden Abnehmer in dem Muster nicht nur deshalb einen Hinweis auf die Herkunft aus dem Unternehmen des Klägers sahen, weil dieser der einzige war, der nach der Kenntnis der betreffenden Abnehmer diese Stoffe herstellte. Diese Frage wird später im Zusammenhang mit der Verkehrsgeltung erörtert. Hier nur so viel: ein solcher Herkunftshinweis genügt nicht zur Begründung der Verkehrsgeltung, die Voraussetzung des Ausstattungsschutzes ist. Mit Recht erfuhr dieses Urteil Kritik, die sich darin zusammenfassen läßt, daß es sich hier deshalb nicht um ein ausstattungsfähiges Merkmal handle, weil die Musterung nicht weggedacht werden könne, ohne daß die Ware aufhöre, dieselbe zu sein.³⁰

Ein Wäschefabrikant stellte Bettwäsche her und brachte farbige Streifensatins für Bettwäsche auf den Markt. Auch die Beklagte stellte Satingewebe mit farbigen Streifen her. Der BGH³¹ verneinte die Ausstattungsfähigkeit, da die bunten Streifen auf der Bettwäsche wesentlich für die Ware "bunte Bettwäsche" seien. Mit dem Wegfall dieser Streifen entfielen die handelbare Ware selbst. Diese Entscheidung nimmt richtig an, daß die bunten Streifen Elemente sind, die unmittelbar zur Ware gehören und daß sich darauf die Nachfrage der Käufer bezieht. Ob diese Merkmale die Ware bestimmen, entscheidet sich nach dem Zweck, den sie erfüllen sollen, und weiterhin danach, ob der Zweck für die Wertschätzung der Ware

30 Kirchberger und Gottschalk, aaO siehe Fußnote 8

31 siehe Fußnote 21

nach der durchschnittlichen Auffassung ihres Abnehmerkreises von ausschlaggebender Bedeutung seien; dies hänge aber wiederum ab von den Zwecken, denen die Ware selbst ihrer Gattung nach zu dienen bestimmt sei.³²

Ein weiteres Beispiel sei hier angeführt:

Die Klägerin, Herstellerin des Kunstleders "skai", brachte eine Kunstledersorte auf den Markt, die sie mit einem lederartigen Oberflächendruckmuster versah. Diese besondere Kunstlederart nannte sie "skai-cubana". Dieses Oberflächendruckmuster beruhte auf der Fotografie eines geschmacklich besonders ansprechenden Teils einer gegerbten Rindshaut und sollte den Eindruck echten Leders erwecken. Die Beklagte brachte später ebenfalls ein solches Kunstleder auf den Markt. Der BGH³³ sah mit Recht das mit dem Oberflächendruckmuster versehene Kunstleder als zum Wesen der Ware selbst gehörig an. Es handle sich hier um eine bestimmte Kunstledersorte, die durch ihr Oberflächen-druckmuster den Eindruck lederartiger Narbung hervor-rufe.

Tatsächlich stellte diese Art des Kunstleders eine besondere Gattung Kunstleder dar, das Muster unterscheidet diese Gattung von anderen Kunstlederarten.

Das Unternehmen, das besonders bei den Olympischen Spielen dadurch Aufsehen erregte, daß es mit allen Mitteln für seine Sport-

32 aaO S. 148

33 siehe Fußnote 22

schuhe Reklame machte, deren Kennzeichen aus 3 Riemen bestand,³⁴ brachte auch Trainingsanzüge auf den Markt und versah diese mit 3 parallelen, gleich breiten, zum einfarbigen Stoff stark kontrastierenden Streifen, die über die Schultern an den Außenseiten beider Ärmel und seitlich an der Hose verlaufen. Der BGH³⁵ verneinte im Ergebnis zwar richtig den Ausstattungsschutz, m.E. aber mit einer unrichtigen Begründung. Er meinte nämlich, daß der Verkehr dem ästhetischen Eindruck der 3 Streifen ein so erhebliches Gewicht beimesse, daß er in ihm eine die Ware als solche charakterisierende Eigenschaft und nicht ein der Ware nur beigegebenes Warenkennzeichnungsmittel erblicke, bei dessen Wegfall noch eine wesensgleiche Ware verbleibe.

Dieses Urteil dürfte im Ergebnis deshalb richtig sein, weil sehr fraglich ist, ob sich diese 3 Streifen auf Trainingsanzügen als Herkunftshinweis durchgesetzt haben oder ob der Verkehr darin nicht nur eine ansprechende Verzierung sieht. Im Gegensatz zu den Urteilen "Buntstreifensatin I" und "skai-cubana"³⁶ verbleibt nach Entfernung der 3 Streifen noch eine wesensgleiche Ware, nämlich die Ware "Trainingsanzug".

Der entscheidende Unterschied zu den beiden zitierten Urteilen liegt darin, daß dort die besonderen Merkmale praktisch zu einer neuen Warenart führten, die es vor-

34 siehe Fußnote 18

35 siehe Fußnote 20

36 siehe Fußnoten 21 + 22

her noch nicht gab. Hier aber ist die Kenntnis des Verkehrs, daß es Trainingsanzüge gibt, so fest verankert, daß modische Verzierungen, wie z.B. die 3 Streifen, die Vorstellung des Verkehrs von der Ware "Trainingsanzüge" nicht verändern könnten. Sie können daher auch nicht konstituierend für eine neue Warengattung sein. Seit Jahrzehnten gibt es Trainingsanzüge, völlig ohne Muster, mit den verschiedensten Mustern und Farbkombinationen. Es ist nicht einzusehen, wo hier der Unterschied zum "Fußballstiefel"-Urteil³⁷ liegen soll. Auch die Sportschuhe sind heute nicht aus einfachem, einfarbigem Leder, sondern weisen die verschiedensten Verzierungen auf, teils 3 Lederstreifen, teils Streifen aus andersfarbigem Leder, teils nur 1 Streifen etc. Mit Recht kam der BGH hier nicht auf den Gedanken, daß die 3 Streifen Merkmale sind, die die Ware Sportschuhe als solche charakterisieren. Dies, obwohl es auch den einen oder anderen Abnehmer gibt, den die so geartete Aufmachung der Sportschuhe zum Kauf reizt. So mag es auch bei den Trainingsanzügen gehen. Gerade jedoch bei Trainingsanzügen gibt es eine Vielfalt von Mustern, so wie es auch einfache Trainingsanzüge gibt, daher sind die Streifen nicht unentbehrliche Bestandteile der Ware.

Ein weiteres Beispiel:

Die Klägerin stellt die bekannten "Käthe-Kruse-Puppen" her. Diese sind charakterisiert dadurch, daß sie, allerdings in etwas süßlicher Manier - lange Wimpern, Augen, die sich schließen, wenn man die Puppe hinlegt, - ein Abbild richtiger kleiner Kinder sein sollen. Die Beklagte

³⁷ siehe Fußnote 18

stellte Puppen her, die mit den Käthe-Kruse-Puppen verwechslungsfähig waren. Das RG³⁸ prüfte die Klage unter dem Gesichtspunkt des § 1 UWG (sklavischer Nachbau). Mit Recht ging es davon aus, daß die "Art" oder "Manier", da sie zu diesen Puppen wesensnotwendig gehört, nicht ausstattungsfähig ist. Diesem Grundsatz blieb das RG auch in seinem Urteil treu, das sich mit einer Gummipuppe, darstellend einen Jungen mit gespreizten Beinen, die Hände in den Hosentaschen, Kopf und Blick nach links gewandt, beschäftigte.³⁹

Die asymmetrische Form von Vasen ist nicht ausstattungsfähig. Der BGH⁴⁰ stellte sich mit Recht auf den Standpunkt, daß die spezielle Formgestaltung nach der Verkehrsauffassung die Ware selbst sei. Die in Betracht kommenden Verkehrskreise erblickten gerade in den Formelementen, für die Ausstattungsschutz in Anspruch genommen werde, den charakteristischen Zug der Vasen, der sie zum Kauf veranlasse. Denke man sich die besondere Form weg, so entfielen auch die Ware.

Tatsächlich bliebe, denkt man sich die besondere Formgebung weg, gar nichts mehr übrig, bzw. eine "abstrakte" Vase. Wie oben schon erwähnt will, der betreffende Abnehmer aber gerade diese Vase mit ihrer spezifischen

38 Reichsgericht, Urteil vom 11.7.1925, RGZ 111 S. 254, "Käthe-Kruse-Puppen"

39 RG, Urteil vom 30.10.1926, RGZ 115, S. 189 "Kleiner Gernegroß"

40 BGH, Urteil vom 9.12.1958, GRUR 1959, S. 289 (291) "Rosenthal-Vasen"

Form haben und nicht irgendeine, vielleicht völlig anders geformte Vase.

Aus denselben Erwägungen kann die besondere Art der Hummel-Figuren keinen Ausstattungsschutz genießen.⁴¹

In all diesen Fällen besteht schon deshalb kein Ausstattungsschutz, weil es an der Ausstattungsfähigkeit mangelt. Daß denjenigen, die in den oben angeführten Rechtsstreiten als Kläger Ausstattungsschutz in Anspruch genommen hatten, zum großen Teil über § 1 UWG - "sklavischer Nachbau" - geholfen wurde,⁴² sei hier nur kurz angemerkt, da die nähere Erörterung den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.

Als vorläufiges Zwischenergebnis kann schon festgehalten werden, daß 2 Fallgruppen, die einen großen Teil der ästhetischen Gestaltungen einer Ware betreffen, nicht ausstattungsfähig, und daher auch nicht ausstattungsschutzfähig sind. Es kam also in diesem Stadium der Prüfung auf die Frage des Freihaltebedürfnisses bzw. auf das Problem des Herstellungsmonopols hinsichtlich einer bestimmten Ware nicht an. Es ist richtig, daß das Ergebnis der Prüfung der Ausstattungsschutzfähigkeit eines bestimmten Merkmals einer Ware entscheidend durch die Frage der Errichtung eines Herstellungsmonopols oder der Hinde-

⁴¹ siehe Fußnote 5

⁴² z.B. BGH, Urteil vom 18.12.1968, GRUR 1969, S. 292 (293)

rung des "ästhetischen Fortschritts" beeinflusst wird. Bei der Prüfung der Ausstattungsfähigkeit haben diese Überlegungen aber noch nichts zu suchen. Hier geht es lediglich um die zeichenrechtliche Betrachtungsweise. Es ist unrichtig, den Ausstattungsschutz mit der Begründung abzulehnen, ein Ausstattungsschutz an einem bestimmten Merkmal führte zu einer unbilligen Beschränkung der freien Betätigung der Mitbewerber; ist eine ausreichende Verkehrsanerkennung einer Warenherkunft gegeben, so kann der Rechtsschutz aus § 25 WZG nicht schon wegen eines sogenannten Freihaltebedürfnisses der Mitbewerber versagt werden.⁴³

Schon in diesem Stadium fallen 2 Gruppen ästhetischer Gestaltungen aus dem Ausstattungsschutz, da sie nicht ausstattungs-fähig sind. Einmal kunstgewerbliche Waren, deren Wesen und charakteristische Besonderheit in ihrer besonderen Form, ihrer besonderen "Manier" bestehen - z.B. besondere Vasen, der Stil plastischer Figuren. Dazu gehört auch die besondere Karosserieform eines Pkw's, die aus technischen und ästhetischen Elementen besteht. Wenn auch die Karosserieform eines Autos für die Wertschätzung des Abnehmers nicht so wesentlich ist wie z.B. die Form einer Vase - das Wesentliche ist ihre Form, anders geformte Vasen können genauso gut Blumen aufnehmen -, da ein Auto als kompliziertes Gerät zahlreiche Funktionen hat und es auf zahlreiche Eigenschaften ankommt, so gehört doch die Form des

⁴³ siehe Fußnote 21, S. 48

Autos zum Wesen des Autos, denn für nicht wenige Abnehmer ist die besondere Form einer Karosserie, die am ehesten ihre Aufmerksamkeit erregt, das Wesentliche, sie möchten ein Auto mit dieser ganz bestimmten Karosserie, die sie reizt. Hätten z.B. ein VW-Käfer und ein Opel-Manta dieselben Fahrleistungen und -eigenschaften, dasselbe Platzangebot, denselben Benzinverbrauch, aber eben ihre völlig konträren Karosserien, so würden sich auch in diesem Fall die Geister an den verschiedenen Karosserieformen scheiden. Etwas anderes, und typische Ausstattungsmerkmale, sind z.B. die verschiedenen Kühlergrills bei Mercedes-Fahrzeugen, BMW oder Alfa-Romeo. Diese sind reine Unterscheidungsmerkmale, was schon daraus ernellt, daß sie bei allem Wechsel der Karosserien in etwa der gleichen, unverwechselbaren Form bleiben. Sie haben ein hohes Maß an Durchsetzung im Verkehr erlangt. Kaum ein Käufer wird z.B. ein BMW-Automobil deshalb kaufen, weil er u.a. am besonders geformten Kühlergrill erkennt, daß es sich um einen BMW handelt, den er seiner besonderen Qualitäten willen zu kaufen wünscht.

Die andere Gruppe ästhetischer Gestaltungen, die keinen Ausstattungsschutz genießt, da sie keine ausstattungs-fähigen Merkmale aufweist, sind besondere Oberflächen-gestaltungen flächiger Waren, die der Ware das besondere Gepräge verleihen und die maßgebend für die Wert-

schützung der Abnehmer sind.

Von ästhetischen Gestaltungen bleiben nur noch z.B. besonders aufgemachte Verpackungen.

2. Eine ästhetische Gestaltung muß auf das ästhetische Empfinden des Kunden einwirken wollen. Als Mittel ästhetischer Gestaltungen kommen insbesondere Farben, Farbkombinationen, besondere grafische Anordnungen, und eine besondere Formgestaltung in Betracht. Allerdings dürfte nicht jede Gestaltung, die mit Farben oder Formen arbeitet, eine ästhetische Gestaltung sein. Es ist nun sehr schwer abzugrenzen, wann in diesen Fällen von einer ästhetischen Gestaltung zu sprechen ist oder nur von einer Gestaltung zum Zwecke der Kennzeichnung. Grundvoraussetzung für eine ästhetische Gestaltung dürfte sein, daß der "Gestalter" zumindest auch auf das ästhetische Empfinden des Kunden einwirken will und daß weite Teile des Verkehrs ein gewisses Wohlbehagen beim Anblick dieser Ware empfinden, weil die besondere Gestaltung der Ware ihren Geist anspricht. Demnach ist die Odolflasche⁴⁴ oder die braune Farbe eines Wundpflasters⁴⁵ gewiß keine ästhetische Gestaltung i.S. dieses Themas, obwohl die Gestaltung auf einer plastischen Form oder einer Farbe beruht.

⁴⁴ vgl. BGH, Urteil vom 9.10.1963, GRUR 1964 S. 140

⁴⁵ vgl. RG, Urteil vom 20.3.1941, GRUR 1941 S. 238, "Hauptpflaster"

2.1. Auch bei der Prüfung, ob eine bestimmte Farbe ausstattungsfähig ist, kommt es hier wieder darauf an, ob die Farbe zur Ware gehört, oder ob sie zur Ware hinzukommt, etwas "Zusätzliches" ist, das nicht wesensbestimmend für die Ware ist. Ist die Farbe wesensbestimmend, so kann sie nicht Ausstattung sein. So ist beispielsweise die rote Farbe der Herzwandvase sicher eine ästhetische Gestaltung. Sie ist aber Teil der Ware, gehört nach den Auffassungen des Verkehrs zu ihr, weil bei Herzen die rote Farbe das Naturgegebene und Selbstverständliche ist.⁴⁶ Unterstellt, die weiße Farbe von Spielbausteinen sei eine ästhetische Gestaltung, so ist diese Farbe deshalb ausstattungsunfähig, weil die Farbe dieser Steine, mit denen das Kind Häuser bauen will, genau der Farbe der wirklichen Häuser entspricht. Diese Farbe ist daher auch das Naturgegebene und Selbstverständliche.⁴⁷

Außer der Voraussetzung, daß Farben- oder Farbkombinationen etwas von der Ware begrifflich Verschiedenes sein müssen, setzt die Ausstattungsfähigkeit auch noch voraus, daß es sich um eine besondere flächenmäßige und figürliche Ausgestaltung handelt; grundsätzlich kann eine Farbe als solche, ohne konkrete Anordnung etc., nicht Ausstattung sein.⁴⁸

46 vgl. BGH, Urteil vom 15.2.1955, BGHZ 16 S. 297 (299), "Rote Herzwandvasen"

47 BGH, Urteil vom 6.11.1963, GRUR 1964 S. 621 (623), "Klemm-Bausteine"

48 Schulze zur Wiesche, "Der Schutz der Farbe und der farbigen Aufmachung durch den § 25 WZG", GRUR 1965 S. 129 (134)

Es leuchtet ein, daß die Farbe Rot als solche nicht Ausstattung sein kann, sondern nur in einer konkreten Anordnung, z.B. als roter Punkt, als roter Ring um einen schwarzen Tintenkuli.⁴⁹ Diese Einschränkung soll nicht bedeuten, daß z.B. eine "knallrote" besonders auffällige rote Farbe einer Verpackung, die das absolut dominierende dieser Verpackung ist, nicht ausstattungsfähig sein könnte. In diesem Fall ist die rote Farbe in einer bestimmten Gestaltung und Begrenzung eingefangen.⁵⁰

Dasselbe gilt für Farbkombinationen. Sind sie etwas nicht notwendig zur Ware Gehörendes, wie z.B. die bunten Farben der Verpackungen, so sind sie ausstattungsfähig. So z.B. die in den Farben Gelb und Rot gehaltenen Verpackungen der Firma Maggi für ihre Suppenwürfel etc.,⁵¹ die ästhetisch wirkenden sehr deutlich herausgestellten Farben Blau und Weiß an den Zapfstellen der Firma Aral.⁵² Bei der

49 vgl. BGH, Urteil vom 14.5.1957, GRUR 1957, S. 533, "Tintenkuli"

50 vgl. RG, Urteil vom 16.6.1936, GRUR 1937, S. 311 (313), "Glasglühkörper". Hier handelt es sich um die gelbe Grundfarbe einer Tüte, in der Glasglühkörper verpackt wurden. LG München I, Urteil vom 18.5.1965, GRUR 1966 S. 443 (444), "Der grüne Film". Hier wurde der Klägerin für die lindgrüne Farbe ihrer Verpackung von Filmen Ausstattungs-schutz gewährt.

51 BGH, Urteil vom 23.6.67, GRUR 1968, S. 371 "Maggi"

52 vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 9.4.1930, MuW 1930, S. 540 "Blau-Weiße-Tankstelle"

Tankstelle ist, wie oben schon dargelegt wurde, ein genügend enger Zusammenhang zwischen der Aufmachung und der Ware vorhanden. Diese Lösung steht in Einklang mit dem Grundsatz, daß der Schutz der Farbe als Ausstattung sich auf die Aufmachung der Ware selbst oder ihre unmittelbare Umgebung beschränken muß.⁵³

- 2.2. Für plastische, grafische Gestaltungen oder Gestaltungen, die aus einer Kombination bestehen, gilt das Obengesagte? Ausstattung kann nicht das sein, was zum Wesen der Ware gehört.

Nun ist bei Verpackungen oder Umhüllungen, die die Voraussetzungen einer ästhetischen Gestaltung erfüllen schwer vorstellbar, daß sie nur Merkmale aufweisen, die begriffsnotwendig sind für eine Verpackung oder eine Umhüllung. Dies ist insbesondere darin begründet, daß jeder Hersteller grundsätzlich das lebhafteste Interesse hat, der besonderen Gestaltung der Verpackung oder Umhüllung seiner Ware Verkehrsgeltung zu verschaffen. Dies erfordert aber, daß er die Verpackung und die Umhüllung mit Merkmalen versieht, die über das hinausgehen, was für eine Verpackung etc. unbedingt nötig ist. In diesem Zusammenhang gehören alle eigenartig geformten oder etikettierten Flaschen. Es gibt hunderterlei Flaschenformen, eine bestimmte, konkrete Form ist für die Funktion der Flasche, nämlich eine Flüssigkeit aufzunehmen, nicht

53 Blasendorff, Farbenwirkung und Farbenschutz, GRUR 1954, S. 294 (299)

erforderlich. Ein gutes Beispiel ist die flache, längliche Flasche, mit senkrechten Seitenwänden, edelgrüner Farbe, goldfarbiger Schraubkappe und goldfarbigem Etikett, die Uralt-Lavendel-Flasche.⁵⁴

- 2.3. Gegen die Ausstattungsfähigkeit obiger Gestaltungen kann nichts unter dem Gesichtspunkt des sogenannten Freihaltebedürfnisses eingewendet werden. Die bloße Tatsache der Ausstattungsfähigkeit besagt nämlich noch nichts über den Schutz, d.h. über die eventuelle Monopolisierung naheliegender Farbkombinationen, z.B. der Farben Rot-Weiß. Schutzvoraussetzung ist die Verkehrsgeltung. Je näherliegend jedoch die Farbkombinationen sind, desto öfters werden sie angewandt, desto schwieriger ist es für einen Unternehmer, hier die Verkehrsgeltung zu erringen. Die schwierig zu erlangende Verkehrsgeltung ist geeignet, der Gefahr der Monopolisierung zu steuern.⁵⁵

Ein etwaiges Freihaltebedürfnis kann nicht dazu führen, die Schutzfähigkeit einem durchgesetzten Zeichen zu versagen - erst recht nicht die Ausstattungsfähigkeit - wohl aber dazu, das Ausmaß der Verkehrsdurchsetzung je nach der Bedeutung des Freihaltebedürfnisses zu erhöhen.⁵⁶

⁵⁴ vgl. RG, Urteil vom 4.10.1939, GRUR 1940, S. 45 "Uralt-Lavendel"

⁵⁵ vgl. Baumbach-Hefermehl, § 25 WZG, Anm. 60 a.E.

⁵⁶ BGH, Urteil vom 27.11.1968, GRUR 1969, S. 541 (543), "Grüne Verkantflasche". Vgl. auch BGH bei Fußnote 45

3. Inwieweit können technische Gestaltungen
ausstattungsfähig sein?

Zur Einführung in diese Problematik dürften einige
Beispiele dienlich sein.

Ein Fabrikant stellte her und vertrieb Briefordner-
apparate unter dem Namen "Shannon-Registrator".⁵⁷
Dieser Registrator wies einen bronzierten gußeisernen
Teil mit Mechanik, Nickelröhrchen und Federbogen auf,
der auf einer Unterlage befestigt war, die aus doppelt
geleimten, zweifarbigen, abwechselnd aus 2 verschie-
denen Holzarten hergestellten Brettchen bestand. Der
Beklagte vertrieb einen ähnlichen Briefordner, der
ebenfalls als Unterlage ein zweifarbiges geleimtes,
aus Streifen von zweierlei Holz bestehendes Brett-
chen hatte. Diese doppeltgeleimten, abwechselnd aus
2 Holzarten bestehenden Brettchen hatten den Zweck,
das Werfen und Schwinden der Brettchen zu verhindern.

Ein Kaufmann verkaufte Zigarren in Kisten oder
Schachteln. Diese Zigarren waren in der Weise in
der obersten Reihe angeordnet, daß die Zigarillos
mit Ausnahme weniger in der oberen Reihe liegender
mit länglichem rechteckigem Papier umhüllt waren,
das einen Aufdruck eines andersfarbigen Bildes und
Schriftzeichens aufwies.⁵⁸ Diese Umhüllung hatte

57 RG, Urteil vom 20.11.1897, RGZ 40, S. 45
"Shannon-Registrator"

58 RG, Urteil vom 24.6.1930, GRUR 1930, S. 967,
"Zigarillos"

auch den Vorteil, daß ein Verstauben und Zerkrümeln der Zigarillos verhindert wurde, wenn sie außerhalb der Schachtel z.B. in Jackentaschen getragen wurden.

Ein Unternehmer versah das von ihm hergestellte Hautpflaster mit einer braunen Farbe.⁵⁹ Die braune Farbe läßt den Schmutz, der auf das Pflaster kommt, weniger sichtbar werden.

Eine Herstellerin fabrizierte Feuerzeuge, bei denen insbesondere der Aufbau des Zündmechanismus ins Auge fiel, der aus einem Gleitschieber mit muldenförmiger Rückfläche derart bestand, daß das rückwärtige und vordere Ende des Gleitschiebers etwa in einer Ebene parallel zur Feuerzeuggehäusedecke liegt.⁶⁰

Die Klägerin stellte Zählkassetten⁶¹ für Hartgeld her, bestehend aus einzelnen Preßstoffmünzrinnen für jede Geldsorte, die nebeneinander in einem flachen offenen Holzkasten frei beweglich eingepaßt sind. Jede Münzrinne ist in Münzbehälter für je 5 Münzen unterteilt, die untereinander um mehrere Millimeter rechts oder links von der "Rinnachse" seitlich versetzt sind, so daß bei Füllung der Münzrinne keine durchlaufende,

59 Reichsgericht, Urteil vom 20.3.1941, GRUR 1941 S. 238, "Braunes Hautpflaster"

60 BGH, Urteil vom 27.10.1969, GRUR 1969 S. 232 "Feuerzeugausstattung"

61 BGH, Urteil vom 30.10.1953, BGHZ 11 S. 29 "Zählkassetten"

sondern eine in Fünferpaketen gestaffelte Geldsäule entsteht. Auf jeder Münzrinne ist seitlich eine Skala angebracht, die den Wert der jeweils in der Rinne ruhenden Geldsäule zeigt.

Lichtkuppeln⁶² dienen der Außenabdeckung der Lichtöffnungen. Die Form dieser Lichtkuppeln kann verschieden sein.

Die Lego-Bausteine⁶³ weisen Klemmnocken auf, die zylindrisch rund sind. Die Klemmnocken könnten auch kegelförmig oder oval sein.

Bei einem Sportschuh sind längsseits des Schuhschaftes Außenriemen angebracht, die auf beiden Schuhseiten im Ballenbereich an der Sohle beginnen und nach oben und hinten um die Fersenkappe herumgeführt werden. Diese Riemen sind in den verschiedensten Farben. Mit diesen Riemen kann auch das Ausbeulen des Schuhs nach der Seite und nach der Länge sowie das Abscheuern des Schaftleders im Ballenbereich verhindert werden.⁶⁴

In den letzten Jahren setzten sich bei den Skifahrern die Sicherheits-Skibindungen durch. Es gibt wohl kaum

62 siehe Fußnote 11

63 BGH, Urteil vom 3.11.1963, GRUR 1964 S. 621, "Klemm-Bausteine"

64 BGH, Urteil vom 9.1.1962, GRUR 1962, S. 299 "form-strip"

mehr einen Skifahrer, der auf die durch diese Bindungen gewährleistete "Sicherheit" gegen Knochenbrüche verzichtet. Alles, was mit Skifahren zu tun hat, ist heute ein großes Geschäft. Daher ist auch der Markt für Artikel, die mit dem Skilaufen zusammenhängen, sehr umkämpft, zumal er äußerst expansiv ist. Gerade auf diesem Markt findet eine äußerst intensive Werbung statt. Man denke hier nur daran, wie erfolgreiche Rennläufer bei allen möglichen oder unmöglichen Gelegenheiten für die von ihnen benutzten Artikel, wie Ski, Bindungen, Anoracks etc. Reklame machen. Gerade hier soll das Publikum mit allen Mitteln auf ein bestimmtes Produkt aufmerksam gemacht werden, es sollen ihm Merkmale zu Bewußtsein gebracht werden, aufgrund deren das Publikum und damit die potentiellen Abnehmer die Skier der Firma X von denen der Firma Y unterscheiden können. Hier liegen die technische Gestaltung und die kennzeichnende Gestaltung sehr dicht beieinander, da, wie noch näher erläutert wird, die Ski-bindungen einerseits ein hoch kompliziertes technisches Gebilde, andererseits aber bewußt kennzeichnend ausgestaltet ist.

Der Schuh und damit der Fuß ist bei diesen Bindungen vorne an der Sohle durch den Vorderbacken und an der Ferse durch eine "Absatzautomatik" mit dem Ski verbunden. Der Vorderbacken umschließt die Vorderkappe des Skischuhes dergestalt, daß sie oberhalb der Sohle, zwischen Sohle und Schuhschaft, den Schuh festhält. Der ganze Vorderbacken hat annähernd die Form eines Dreiecks.

Er sitzt auf ein oder zwei Bolzen, der Teil, der den Schuh hält, läßt sich, wenn auf ihn ein bestimmter Druck ausgeübt wird, nach links und rechts bewegen in der Art, daß der Schuh vorne den Halt und damit die "Befestigung" am Ski verliert.

Die Vorderbacken sind bei fast allen Herstellern etwa gleich geformt.

Die Ferse des Schuhs wird durch die Absatz-Automatik gehalten, ebenso wie bei den Vorderbacken umschließt die Fersenautomatik die Fersen zwischen Sohle und Schaft. Bei den meisten Herstellern besteht diese Absatzautomatik aus kleinen würfelförmigen Aggregaten mit zum Teil abgerundeten Kanten. Hier kann der Schuh, wenn er einen bestimmten Druck auf die Fersenautomatik ausübt, aus ihr seitlich und nach oben heraus. Eine weitere Funktion der Fersenautomatik besteht darin, daß sie mit einfachsten Handgriffen, bei den technisch fortgeschrittensten sogar mit der Spitze des Skistocks "geschlossen" oder geöffnet werden kann.

Die Fersenautomatik der Firma Ess, Burgberg, "Ess-Nevada", unterscheidet sich von denen anderer Hersteller dadurch, daß sie als etwa 5 cm langer, ca. 1,5 cm im Durchmesser messender Zapfen gestaltet ist, der in "Ruhestellung" parallel zum Ski liegt und, wenn die Bindung zu ist, senkrecht zum Ski, parallel zum Schuh im Bereich der Ferse steht.

Die einfachste Rasierklinge im Barthobel hat die Form eines Rhombus, dessen Schmalseiten bogenförmig ausgebildet sind. Die Ecken ergeben eine gewisse Schärfe, die bei ungeschickter Führung des Rasierapparates zu Verletzungen führen kann.⁶⁵ Diese Gefahren können gemindert werden, wenn die Längsseiten in einem sanften Bogen in die Schmalseiten übergehen. Bei der heute gebräuchlichen Klinge sind die 3 Löcher, in die die Zapfen des Barthobels eingeführt werden, um die Klinge festzuhalten, durch einen Mittelschlitz verbunden. Die Ecken zwischen Längs- und Schmalseiten sind ebenfalls, wie in der zweiten erwähnten Klingensform abgerundet. Die Schmalseiten sind jedoch nochmals in konkaven und konvexen Ecken geschweift. Spannt man die zwei ersterwähnten Klingen scharf ein, so können sie an den Ecken ausbrechen, was die erhebliche Gefahr von Verletzungen nach sich zieht. Bei der heute gebräuchlichen besonderen Form der Klingen besteht die Gefahr des Ausbrechens nicht. Diese Klingen haben somit zum einen eine kennzeichnende Ausgestaltung, zum anderen hat diese Ausgestaltung auch einen technischen Zweck.

Es wurde oben schon gezeigt, daß Merkmale dann nicht Ausstattung sein können, wenn sie zum Wesen der Ware so, wie der Verkehr diese wertet, gehören. Dieselben Grundsätze gelten für technische Gestaltungen. Technische Merkmale können nicht Ausstattung sein, wenn sie durch den technischen oder Gebrauchszweck bedingt sind. Genauso,

65 vgl. Maemecke, Einiges über Ausstattung, GRUR 1949 S. 276 ff.

wie z.B. mit dem Wegfall der bunten Streifen auf der Bettwäsche die Ware "bunte Bettwäsche" verschwände, wie die Hummel-Figuren nicht mehr existierten, dächte man sich die Art und die Manier dieser Figuren weg, so ist eine technische Gestaltung dann nicht mehr die Ware, die der Abnehmer wünscht, wenn ein Merkmal, das durch den technischen Zweck bedingt ist, wegfiele. Erfüllt die Ware nicht mehr die technischen Zwecke bzw. Gebrauchsfunktionen, durch die der Abnehmer veranlaßt war, sich diese Ware zu kaufen, so fällt auch die Ware weg.

- 3.1. Grundvoraussetzung der Ausstattungsfähigkeit technischer Gestaltungen ist, daß auch technisch bedingte Gestaltungen eine Kennzeichnungsfunktion erfüllen können. Diese Frage berührt das Problem, das im II. Kapitel unter Zi. 1.1. a.E. behandelt wurde, nämlich, ob Merkmale, die von Natur aus keine Unterscheidungskraft haben, Ausstattung sein können. Ich darf darauf verweisen. In diesem Zusammenhang sind auch die Grundsätze der "coffeinfrei"-Entscheidung⁶⁶ und der "Nährbier"-Entscheidung⁶⁷ analog anwendbar.

Die Frage, ob technisch bedingte Merkmale eine Herkunftsfunktion ausüben können, beantwortet sich aus der Rechtsprechung zum Problem des "sklavischen Nachbaues" gem. § 1 UWG.⁶⁸

66 BGH, Urteil vom 4.1.1963, GRUR 1963, S. 423

67 BGH, Urteil vom 30.6.1960, GRUR 1960, S. 83

68 Statt vieler: BGH, Urteil vom 6.11.1963, GRUR 1966 S. 621 "Klemm-Bausteine". BGH, Urteil vom 3.5.1968, GRUR 1968 S. 591 "Pulverbehälter"

Bei der Rechtssprechung zum "sklavischen Nachbau" geht es kurz gesagt darum, daß zwar grundsätzlich der Nachbau von technischen, einem Gebrauchszweck dienenden Gerätschaften, die durch technische Schutzrechte nicht oder nicht mehr geschützt sind, zulässig ist, daß aber der Nachahmer die Merkmale des nachgebauten Gerätes nicht nachbauen darf, die die Abnehmer als Herkunftszeichen ansehen, bzw. daß der Nachahmer durch andere Maßnahmen eine Verwechslung seiner Geräte mit den nachgeahmten vermeiden muß. In der "Pulverbehälter"-Entscheidung ging es darum, daß der Beklagte bei seinen Flammsspritzpistolen den Vorratsbehälter für Schweißpulver, der auf der Mischkammer sitzt, nachahmte. Bei der "Klemm-Bau-Steine"-Entscheidung wurde dem Beklagten bestätigt, daß die Klemmnocken der LEGO-Steine zwar technisch-funktionell bedingt seien, so daß er auch die von ihm hergestellten Steine mit Klemmnocken versehen dürfe, daß er aber dadurch, daß er ebenfalls wie der Kläger die Nocken in runder zylindrischer Form ausgestaltete, die Gefahr der Herkunftstäuschung heraufbeschwöre, da die Klemmnocken an den Steinen der Klägerin ebenfalls runde zylindrische Formen aufwiesen.

In dem Urteil des BGH vom 3.5.1968 ("Pulverbehälter") waren die Vorratsbehälter für Schweißpulver noch nicht einmal ähnlich. Die Behälter auf der von der Klägerin hergestellten Flammsspritzpistole wirkten kompakt und eckig, die Behälter auf der Flammspitzpistole der Beklagten schlank und gestreckt, leicht und elegant.

Folgende technische Einzelmerkmale stimmten überein:
Der Bajonettverschluß, das Vorhandensein eines Halses
zwischen der Öffnung und dem eigentlichen Behälterraum,
die geschlossene Form (Fehlen eines Deckels) der
Durchmesser, 2 scharfe Harmonikafalten.

Wenn nun der BGH den Beklagten aufgrund des § 1 UWG
zur Unterlassung verurteilte, mit der Begründung, die
3 ersten o.a. Merkmale seien zwar technisch-funk-
tionell bedingt, könnten aber zur Herkunftsverwechs-
lung führen, dann ergibt sich daraus, daß technisch
bedingte Merkmale als Kennzeichen einer Ware, als
Unterscheidungsmerkmal von Waren anderer dienen kön-
nen.

Ein Hersteller vertrieb Uhrbalancewellen, die maschinell
auf Hochglanz poliert waren. Dieser Hochglanz beruhte
auf der Art der Herstellung und diente auch dem Rost-
schutz. Das Publikum, so meinte das RG,⁶⁹ erkenne darin
aber auch, daß die Uhrbalancewellen aus einem bestimm-
ten Betrieb stammten. Ähnlich urteilte das RG, in-
dem es die Doppelkugelform eines Inhalationsapparates
als technisch bedingt und gleichzeitig als Herkunfts-
merkmal ansah.⁷⁰

69 RG, Urteil vom 17.9.1907, RGZ 71 S. 384,
"Uhrbalancewellen"

70 RG, Urteil vom 24.1.1919, MuW 18 S. 136,
"Inhalatoren"

Ein Abnehmer, der ein bestimmtes technisches Merkmal einer Ware mit dem Betrieb X verbunden hat, wird beim Anblick dieses technischen Merkmals an der Ware des Betriebes Y ohne weiteres annehmen, sie stamme aus dem Betrieb X.

Dieselben psychischen Vorgänge laufen jedoch auch dann ab, wenn der Abnehmer die Merkmale sieht, die Ausstattung sind.⁷¹

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß diese technischen Merkmale ausstattungsfähig sind. Wenn dies Köhler⁷² meint, so ist ihm hier nicht zu folgen. Aus dem Wesen der Ausstattung als Warenkennzeichnungsmittel folgt, daß das technische Merkmal dann nicht Ausstattung sein kann, wenn es zum Wesen der Ware gehört, wenn ohne dasselbe die vom Abnehmer erwartete Erreichung des technischen oder Gebrauchszweck nicht möglich ist.

3.2. Wenn für den Abnehmer ein bestimmtes technisches Merkmal in seiner Ausprägung Kennzeichnungscharakter hat, dann ist dies schon ein bedeutendes Indiz dafür,

71 vgl. Köhler, Unterscheidungskraft, GRUR 1950 S. 117 (121)

72 aaO S. 126

daß das technische Merkmal nicht zum Wesen der Ware gehört.

Unter Zi. 1.1.1. wurde dargelegt, daß das, was als notwendiger Bestandteil der Ware, als zur Ware gehörig, angesehen wird, sich weitgehend nach den Vorstellungen des Abnehmers, danach, von welchen Eigenschaften die Wertschätzung der Ware durch den Abnehmer abhängig ist, richtet. Sieht der Kunde ein bestimmtes technisches Merkmal jedoch als Kennzeichen dafür, daß die Ware aus dem Betrieb X stammt - wobei der Kunde den Namen dieses Betriebes nicht zu wissen braucht - so spricht viel dafür, daß er dieses Merkmal als nicht zum Wesen der Ware gehörig ansieht. Es muß immer wieder betont werden, daß die Bejahung der Ausstattungsfähigkeit noch lange nicht die Bejahung des Ausstattungsschutzes bedeutet. Ein sehr wirksamer Filter, der passiert werden muß, ehe der Ausstattungsschutz gegeben ist, ist die Frage der Verkehrsgeltung, die unter Zi. 2 erörtert werden wird.

In dem o.a. Beispielsfall mit den 3 Rasierklingen sahen wir, daß die Rasierklinge mit dem Mittelschlitz und den geschweiften Schmalseiten eine technische Funktion hat. Gleichzeitig hatte diese Rasierklinge aber eine eigenartige Form, die - vorbehaltlich einer Meinungsumfrage zwecks Feststellung der Verkehrsgeltung - von vielen Verbrauchern als Kennzeichen für die Herkunft dieser Klingen aus einem bestimmten Be-

trieb angesehen werden kann. Der größte Teil der in Frage kommenden Benutzer wird sich, da er von den technischen Erwägungen, die zu der besonderen Form der Klinge führten, keine Ahnung hat, keine Gedanken über den Grund dieser besonderen Form machen.⁷³ Es gibt verschiedene Formen von Rasierklingen. Wenn jemand gerade die bestimmte Form wählt, so kann er dies tun, weil er mit dieser Form eine Herkunfts- und Gütevorstellung verbindet. Er wird die Form der Klinge nicht als zum Wesen der Ware gehörig ansehen. Dabei ist hier die Frage, ob der technische Zweck gerade diese konkrete Form unabweisbar fordert, noch gar nicht zu erörtern.

Eine objektivierte Betrachtungsweise, ausgehend vom durchschnittlichen Verbraucher, wird hier zu keinem anderen Ergebnis führen.

Daß der Vorderbacken bei der Sicherheitsbindung den Schuh vorne umfaßt, daß demgemäß eine Art Zange zum Schuh hin geöffnet ist, ist eine Gestaltung, die zum Wesen der Sicherheitsbindung gehört. Diese Vorstellung hat aber auch der Skifahrer, der sich eine solche Bindung kaufen will. Daraus erhellt auch wieder, daß sich grundsätzlich das Wesen der Ware nach den Vorstellungen eines Durchschnittsverbrauchers bestimmt. Es wird wohl kaum einen Skifahrer geben, der die prinzipielle Gestaltung des Vorderbackens als Herkunftshinweis an-

73 vgl. Fußnote 65

sieht. Selbst wenn es einen solchen Skifahrer geben würde, ist es fast ausgeschlossen, daß diese Gestaltung i.S. eines Herkunftshinweises Verkehrsgeltung besitzt. Anders verhält es sich z.B. mit der Fersenautomatik, "Ess-Nevanda", N 17". Der Zapfen, der Bestandteil der Fersenautomatik ist, könnte sehr wohl von den Abnehmern als Herkunftshinweis auf den Betrieb der Firma Ess angesehen werden, da sich diese spezielle Fersenautomatik klar von der anderer Firmen abhebt. Dabei weiß der Skifahrer, daß zahlreiche andere Firmen eine völlig anders geformte Fersenautomatik haben, daß derselbe Effekt also mit vielerlei Formen erzielt werden kann, daß der zapfenförmige Bestandteil der Fersenautomatik nicht die einzige Gestaltung ist, mit der bewirkt werden kann, daß die Ferse im Falle eines Sturzes frei wird.

In den o.a. Fällen gehen die Vorstellungen der Abnehmer und die auf objektiver Grundlage zu gewinnende Definition des Wesens der Ware konform. Für den - recht theoretischen - Fall, daß ein bestimmtes technisches Merkmal Verkehrsgeltung als Herkunftshinweis hat, dieses Merkmal aber das einzige Mittel zur Verwirklichung des Gebrauchszwecks darstellt, in dem Sinne, daß außer ihm keine gleichwertige Gestaltung möglich ist, ist die eventuell bestehende Verkehrsgeltung unbeachtlich. Sie muß auf einem ausstattungs-fähigen Merkmal aufbauen, die Prüfung der Ausstattungsfähigkeit ist der Prüfung der Verkehrsgeltung vorgeordnet. Stellt sich heraus, daß die Ausstattungsfähigkeit nicht gegeben ist, bedarf es nicht mehr der Prüfung der Verkehrsgeltung.

Oben wurde ausgeführt, daß bei technischen Gestaltungen zum Wesen der Ware die Erreichung des Gebrauchszwecks gehört. Steht und fällt der Gebrauchszweck mit der konkreten technischen Gestaltung, so gehört diese Gestaltung zum Wesen der Ware. Die konkrete technische Gestaltung steht und fällt mit der Erreichung des Gebrauchszwecks, wenn keine anderen Gestaltungsmöglichkeiten vorhanden sind, die unter dem Gesichtspunkt der Kosten und der optimalen Erfüllung des Gebrauchszwecks der betreffenden konkreten technischen Gestaltung gleichwertig sind.⁷⁴

Solche Fälle dürften selten sein. Prüft man nämlich, welche ganz konkreten Merkmale einer technischen Gestaltung dem Abnehmer als Herkunftshinweis dienen, so ergibt sich meistens, daß der Abnehmer bei irgendwelchen willkürlichen Gestaltungen "einhakt". Die Aufmerksamkeit des Abnehmers wird naturgemäß durch optische Reize, so z.B. durch besondere Farben, Formen etc. in Anspruch genommen. Demgegenüber ist die Erfüllung einer technischen Funktion für den oberflächlichen Betrachter sehr viel schwerer erkennbar. In den meisten Fällen weisen technische Gestaltungen einen "kennzeichnenden Überschuß" auf, der beim Abnehmer die Herkunftsvorstellung auslöst. Je "komplizierter" eine technische Gestaltung ist, desto mehr Raum ist für einen "kennzeichnenden Überschuß". Bei sehr einfachen technischen Gestaltungen, wie z.B. bei der kreisrunden Form eines zu einem Radschutzantrieb

⁷⁴ Baumbach-Hefermehl, aaO, Anm. 24

gehörenden Schutzgehäuses ist zur Erfüllung des Zwecks gar keine andere Form möglich. Sie gehört daher zum Wesen der Ware. Auch in diesem Fall gäbe es keinen Widerspruch zwischen den objektiven Gegebenheiten und den Vorstellungen des Abnehmers, denn auch der Abnehmer weiß, daß die kreisrunde Form zur Erreichung des Gebrauchszweckes erforderlich ist.⁷⁵ Wenn man diese Maßstäbe anlegt, so ist die "form-strip"-Entscheidung des BGH⁷⁶ unrichtig. Dort nahm der BGH längsseits des Schuhschaftes angeordnete Außenriemen, die auf beiden Schuhseiten im Ballenbereich an der Sohle beginnen und nach oben und hinten um die Fersenkappe herumführen, zum Wesen der Ware Sportschuhe, weil diese Riemen in der geschehenen Form ein zwingendes Mittel zur Förderung der praktischen Brauchbarkeit der Ware seien. Es solle nämlich das Ausbeulen der Sportschuhe nach der Seite und nach der Länge verhindert und außerdem das Schaftleder im Ballenbereich gegen das Abscheuern geschützt werden.

Die Außenriemen haben die verschiedensten Farben, als Kontrast zur Farbe des Schuhschaftes. Dies ist geradezu ein klassisches Mittel zur Warenkennzeichnung. Es ist nicht einzusehen, worin der Unterschied zum Sachverhalt liegen soll, welcher der "Fußballstiefel"-Entscheidung⁷⁷ zugrundelag. Es mag sein, daß diese Riemen den vom BGH angeführten Zweck erfüllen. Erfüllung eines technischen Zwecks heißt aber nicht von vorneherein: Ausstattungs-

75 BGH, Urteil vom 12.3.54, GRUR 1954 S. 337 "Radschutz"

76 siehe Fußnote 26

77 siehe Fußnote 18

unfähigkeit. Dies wäre ein Rückfall in die Rechtssprechung des Reichsgerichtes, zu der noch kritisch unten Stellung genommen werden wird. Ein Indiz für die Ausstattungsfähigkeit ist, daß der Abnehmer sehr geneigt sein wird, die Riemen, die in einer zum Schuhschaft kontrastierenden Farbe gehalten sind, als Kennzeichnungsmerkmal zu nehmen. Die Frage ist hier, ob die Riemen, in ihrer konkreten Ausgestaltung, in ihren Kontrastfarben etc., unter dem Gesichtspunkt der Kosten und der Erreichung des Gebrauchszweckes die einzige Möglichkeit sind, d.h. ob keine anderen gleichwertigen Möglichkeiten zur Verfügung stehen. Diese gleichwertigen Möglichkeiten gibt es, z.B. könnte eine Kappe aus Leder oder aus Plastik, oder ein Lederwulst denselben technischen Zweck erfüllen. Es handelt sich bei der konkreten Gestaltung der Außenriemen um einen sehr starken "kennzeichnenden Überschuß". Die Riemen machen das Wesen der Ware nicht aus, obwohl sie den Gebrauchszweck auch fördern. Schwer verständlich ist auch der Hinweis des BGH,⁷⁸ daß die Riemen in dem Sinne für die Wertschätzung der Schuhe von maßgebender Bedeutung sind, als darin die Erfüllung des technischen Zweckes gesehen wird. Es ist im übrigen sehr die Frage, ob der durchschnittliche Abnehmer überhaupt weiß, daß die Riemen auch einen technischen Zweck erfüllen. Im Vordergrund steht für die Abnehmer der optische Eindruck der Riemen.

Die obigen Ausführungen gelten für technisch bedingte Gestaltungen. Wenn in diesem Zusammenhang die Ausstattungsfähigkeit bejaht wurde, so gilt dies erst recht für

Gestaltungen, die den Gebrauchszweck lediglich fördern, also durch ihn nicht bedingt sind.

In der "Klemm-Bausteine"-Entscheidung⁷⁹ machte es sich der BGH schwerer, denn er ließ es nicht bei der an sich richtigen Feststellung bewenden, die Klemmnocken seien technisch-funktionell bedingt. Er hütete sich hier vor dem voreiligen Schluß, deshalb seien sie - gleichgültig wie sie konkret geformt seien - ausstattungsunfähig. Der BGH stellte fest, daß die Nocken hätten eckig, oval oder kegelförmig geformt werden können. Die Klägerin hatte eine runde zylindrische Form der Nocken gewählt. Der richtige Lösungsweg war der, daß geprüft wurde, ob gerade die runde und zylindrische Form der Nocken unbedingt nötig sei, ob zur Erreichung desselben Zweckes nicht andere gleichwertige Lösungsmöglichkeiten zur Verfügung stünden. Diese Frage wurde bejaht, die runde zylindrische Form der Nocken war nicht zwingend. Die konkrete Form der Nocken wurde vom BGH also als ausstattungsfähig anerkannt.

- 3.3. Für die Beantwortung der Frage, ob technische Gestaltungen ausstattungsfähig sind, hat das Problem des Freihaltebedürfnisses keine Bedeutung. Genießt eine Ausstattung Ausstattungsschutz - ist eine ausreichende Verkehrsanerkennung gegeben - so ist dieser Schutz nicht schon wegen eines Freihaltebedürfnisses der Mitbewerber einzuschränken.⁸⁰

79 siehe Fußnote 53

80 BGH, Urteil vom 23.6.1967, GRUR 1968 S. 371 "Maggi"
BGH, Urteil vom 27.11.1968, GRUR 1969 S. 541 (543)
"Grüne Vierkantflasche"; siehe Fußnote 66, 67; Baumbach-Hefermehl, aaO Anm. 12

Das Reichsgericht verneinte grundsätzlich für technische Gestaltungen, seien sie nun durch den Gebrauchszweck bedingt oder diesem nur förderlich, die Ausstattungsfähigkeit. Als Hauptargument benutzte es das Schlagwort des sogenannten "Freihaltebedürfnisses". Darauf wird unten näher eingegangen werden. Unter Freihaltebedürfnis verstand das RG das Interesse des Mitbewerbers daran, dieselbe Ware herstellen oder vertreiben zu können wie der jeweilige Kläger. Schon bei der Prüfung der Ausstattungsfähigkeit brachte das RG das sogenannte Freihaltebedürfnis ins Spiel. Es tat dabei zumindest den zweiten Schritt vor dem ersten, denn bei der Prüfung der Frage der Ausstattungsfähigkeit nach rein zeichenrechtlichen Gesichtspunkten wurden sowieso schon alle technischen Merkmale ausgeschieden, die durch den Gebrauchszweck bedingt sind, also zum Wesen der Ware gehören.

Der Begriff des Freihaltebedürfnisses ist hier auch fehl am Platze deshalb, weil die Interessenabwägung, die das RG unter dem Etikett "Freihaltebedürfnis" vornehmen wollte, schon in § 25 WZG vorgenommen ist. Durch die oben vorgenommene Eingrenzung des Begriffes Ausstattung, durch die Bestimmung der Grenzen der Ausstattungsfähigkeit wurde dem sogenannten Freihaltebedürfnis dadurch schon Rechnung getragen, daß als ausstattungsunfähig schon die Gestaltungen ausschieden, die zur Ware gehören, Diese können daher auch nicht ausstattungsschutzfähig sein. Einer Monopolisierung der Herstellung einer bestimmten Ware ist dadurch schon ein Riegel vorgeschoben.

Im übrigen ist es ein Charakteristikum der Zeit nach dem 1. Weltkrieg, daß bei technischen Gegenständen die ästhetische und die technische Gestaltung ineinander verschmelzen. Dies wird deutlich, wenn man sich die Form von Gebrauchsgegenständen oder von Gebäuden, die einen technischen Zweck haben, ansieht. Das fällt besonders ins Auge bei Nutzbauten vor und während der Jahrhundertwende, angefangen von der "Gründerzeit". Man baute Bahnhöfe und Wasserwerke und versuchte auch dem technischen Zweck gemäß zu bauen. Darüberhinaus aber wurden, ohne inneren Zusammenhang, aus längst vergangenen Kunstepochen entlehnte Verzierungen förmlich "angepappt", z.B. gotische Fialen, antike Säulen etc., so daß diese Nutzbauten fast den Eindruck einer gotischen Kathedrale oder eines griechischen Tempels machten. Dieselbe "Formgesinnung" findet man bei der Wohnungseinrichtung in der damaligen Zeit, insbesondere bei der Einrichtung der Wohnküchen. Die Küchengeräte, also reine Gebrauchsgeräte, wurden mit Zierart und Ornamenten versehen. Die technische Form und die ästhetische Gestaltung standen isoliert nebeneinander, sie bedingten sich nicht, sie konnten ohne weiteres geschieden werden.

Anders in der Formgebung der Gegenwart und der letzten 40 Jahre. Mehr und mehr wird die technisch bedingte und die ästhetische Form zu einer untrennbaren Einheit. Aus der rein funktionellen Form gewinnt der industrielle Formgeber ästhetische Anregungen, ein und dieselbe Form ist gleichzeitig technisch-funktionell und ästhetisch. Technik und

Form sind einander gleichwertig.⁸¹ Techniker und Designer arbeiten bei der industriellen Formgebung zusammen.

In solchen Fällen, anders als in der Formgebung des 19. Jahrhunderts, wird die ästhetische Gestaltung eher zum Wesen der Ware, zu einem Bestandteil werden und für die Wertschätzung der Ware durch den Abnehmer maßgebend sein. Ist die ästhetisch wirkende Form klarer Ausdruck der technischen Funktion, ist diese Form also nicht willkürlich gewählt, ist an ihr nichts "Überflüssiges", so stellt sie die Ware selbst dar, sie kann nicht ausstattungsfähig sein. In diesem Zusammenhang verweise ich auf die Ausführungen über die Automobil-Karosserien im III. Kapitel, Zi. 1.1.2. a.E.

IV. Kapitel:

Rechtsprechung und Rechtslehre.

Nachfolgend soll ein Überblick über die Meinung der Rechtsprechung und der Rechtslehre zu der Frage der Ausstattungsfähigkeit technischer und ästhetischer Gestaltungen gegeben werden.

1. Technische Gestaltungen.

1.1. Rechtsprechung des Reichsgerichtes

Grundlegend, und, soweit ersichtlich, das erste Urteil, das sich mit der Frage der Ausstattungsfähigkeit technischer Gestaltungen beschäftigte, ist das Urteil des RG vom 20. 11.1897.⁸² Es handelte sich um den sogenannten "Shannon-

81 Dietrich Reimer, Ist der heutige Rechtsschutz für die moderne Formgebung in der industriellen Gesellschaft noch zeitgemäß? GRUR 1971, S. 342

82 siehe Fußnote 57

Registrar." Wegen des Tatbestandes verweise ich auf das III. Kapitel, Zi. 1.3. am Anfang. Dieses Urteil führt das erste Mal die Formulierung "äußere Zutat" ein, wenn es die Ausstattung definiert als "stets äußere Zutat, durch welche die Ware sich dem Auge des Kunden als die eines bestimmten Gewerbebetreibenden präsentiert".⁸³ Die Ware könne auch andere unterscheidende Kennzeichen haben, in den Bestandteilen, der Konstruktion, der Formgebung, in Anordnungen, Vorrichtungen, die dem Gebrauch oder technischen Zwecke der Ware dienen. Es sei nicht ausgeschlossen, daß solche Kennzeichen in der Formgebung oder technischen Gestaltung den Charakter der Ausstattung tragen könnten, wenn sie als solche gewollt und durch ihre äußere Erscheinung dazu geeignet seien; es sei aber ausgeschlossen, die technisch bedingte Gestaltung als Ausstattung zu schützen, wenn sie als Ausstattung nicht gewollt sei und nicht gewollt werden könne, weil sie im gemeinen Gebrauch frei und ihre Verwendung deshalb niemandem versagt werden könne. Ohne strenge Festhaltung dieses Gesichtspunktes würde unter dem Schilde der Ausstattung ein vom Gesetz nicht gewollter Schutz für Bestandteile und technische Gestaltungen erreicht werden können, die durch Patent- oder Musterschutz geschützt wären, nach Fortfall desselben durch Ablauf der Zeit oder auf anderem Wege aber dem gemeinen Gebrauch anheim gefallen seien.⁸⁴ Der Kläger behauptete, daß die Unterlage des Registrators, die aus doppelt geleimten,

83 aaO S. 67

84 aaO

2-farbigen, abwechselnd aus 2 verschiedenen Holzarten hergestellten Brettchen bestand, Ausstattung sei, da diese Brettchen in den beteiligten Verkehrskreisen als das Kennzeichen seines Briefordners gegolten habe. Er reklamierte nicht etwa die Doppelfarbigkeit dieser Unterlage, sondern schlechthin die Verwendung einer Unterlage aus doppelt geleimten Brettchen mit Einlage aus 2 Holzarten als Ausstattung. Dies erkannte das RG nicht als Ausstattung an, da die Doppelt geleimten Brettchen aus 2 Holzarten das Werfen und Schwinden verhindern sollten.

Als erstes in der Reihe weiterer Urteile, die sich mit dem Sternrad der Firma "Gütermann" befassen, finden wir die Entscheidung vom 24.3.1903.⁸⁵ Die Klägerin, eine Nähseidenfabrik, brachte ihre Nähseide auf ein aus Pappe gestanztes, am Rande gezacktes sogenanntes Sternkärtchen gewickelt, auf den Markt. Die Beklagte vertrieb ihre Nähseide auf einer ähnlichen Sternkarte. Das aus Pappe gestanzte, am Rande gezackte Sternkärtchen, das in der Mitte durchlocht ist und auf das Nähseide gewickelt ist, wird auf den Dorn an der Nähmaschine aufgesetzt, der für die Garnrollen bestimmt ist. Das RG verwies den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurück, damit dieses klären könne, welche Elemente an dem Sternrad willkürlich gewählt seien, welche Gestaltungen nicht notwendig und angemessen für die Aufwicklung der Nähseide seien. Nur auf diese willkürlichen Gestaltungen, für die be-

85 RGZ 54 S. 173

sondere Kennzeichnung der Sternkarte durch Farben, Aufdrucke etc., könne sich der Ausstattungsschutz beziehen. Er erstreckte sich nicht auf die Gestaltung des Sternrades in der für Nähseide angemessenen Form. Habe die angebliche Ausstattung für die Ware zugleich eine technisch-funktionelle Bedeutung, so greife in dem Umfange, als jene technisch-funktionelle Bedeutung reiche, der Schutz aus § 15 WZG (aF, Anm. der Verf.) nicht Platz. Niemand könne nämlich eine technische Verbesserung, eine den Gebrauch und die Benutzung der Ware erleichternde Einrichtung als Ausstattung geschützt verlangen. Dadurch würde er in Wirklichkeit ein Alleinrecht - ein Monopol - auf ein technisches Element erlangen, für das nur die zeitlich beschränkten Schutzrechte des Patenten oder Gebrauchsmusterschutzes gegeben seien. Auch der dem Zweck der Ware angemessene Teil der Aufmachung unterfalle nicht dem Ausstattungsschutz.⁸⁶

Das Berufungsgericht im obigen Rechtsstreit, an das der Rechtsstreit zurückgewiesen wurde, wies die Klage mit der Begründung ab, daß Form und Größe der Sternkarte technisch bedingt seien. Die von der Klägerin eingelegte Berufung beschäftigte das RG im 2. Sternkartenurteil vom 2.6.1908.⁸⁷ Die Klägerin trug vor, die Größe der Zacken am Sternrad sei nicht technisch bedingt, für den technischen Zweck genügten auch weniger große Zacken. Durch die Größe der Zacken solle erreicht werden, daß diese über die aufgewickelte Seide hervorragten und in ihrer, je nach der

⁸⁶ aaO S. 175

⁸⁷ RGZ 69 S. 31

Farbe der aufgewickelten Seide verschiedenen Färbung, mit dem Bilde der Aufwicklung ein charakteristisches Gesamtbild hervorriefen. Das gleiche gelte auch für die Größe der nicht mit Seide bedeckten Kreisfläche. Dies hatte das Berufungsgericht nicht berücksichtigt. Zu einer nochmaligen tatsächlichen Prüfung wurde der Rechtsstreit wiederum zurückverwiesen, wobei das Reichsgericht nachdrücklich betonte, die charakteristische Gestaltung eines Elementes in der Warenaufmachung, das an sich auch technischen Elementen diene, könne den Ausstattungsschutz dann beanspruchen, wenn diese charakteristische Gestaltung nicht durch technische Erwägungen bedingt sei, sondern nur Ausstattungszwecken diene.⁸⁸ Allerdings sei nicht bloß die Gestaltung, die zur Anwendung des technischen Elementes absolut notwendig sei, sondern auch die Gestaltung, die sich nach Art und Zweck der Ware, sowie im Hinblick auf die Erfahrungen in der praktischen Verwertung des technischen Elementes darstellte, ausstattungsunfähig.

Im.3. "Sternkarten"-Urteil⁹⁰ hielt das RG dann schließlich u.a. die Größe der nicht mit Seide bedeckten Kreisfläche, da dies ein eigenartiges Bild abgäbe, für ausstattungsfähig.

Das Urteil "Uhrenbalancewellen" wurde bereits erwähnt.⁹¹

88 S. 35

89 aaO S. 32

90 RG, Urteil vom 26.11.1909 MuW 1908 S. 248

91 siehe Fußnote 69

Hier meinte das RG, obwohl es anerkannt hatte, daß der Hochglanz auf den Uhrenbalancewellen einen Herkunftshinweis für die Abnehmer gäbe, dieses Merkmal könne nicht ausstattungsfähig sein, da es lediglich die maschinelle Herstellung der Uhrenbalancewellen erkennen lasse.

In einem Urteil aus dem Jahre 1919 hatte sich das Reichsgericht⁹² mit der Doppelkugelform eines Inhalationsapparates zu beschäftigen, die neben ihrem ästhetischen und Kennzeichnungszweck auch technischen Zwecken diene. In diesem Urteil drückte das RG seine unmißverständliche Meinung über dieses Problem dahin aus, daß eine Form nur ausstattungsfähig sei, wenn sie mit dem Gebrauchszweck nicht das Geringste zu tun habe.

Von nun an werden die Urteile des RG immer einseitiger und dogmatischer.

In der "Gasmesser"-Entscheidung ging es um trockene Gasmesser, die beide Parteien vertrieben. Diese Gasmesser bestanden aus der inneren Einrichtung, dem eigentlichen Meßapparat, und einem sie umschließenden Gehäuse, das mit der Gasmessung selbst nichts zu tun hat. Ähnlich waren sich beide Gasmesser nur in ihrer äußeren Erscheinung, dem Gehäuse. Das Gehäuse der Klägerin hatte eine längliche viereckige Grundrißform mit nach innen eingebogenen Ecken. Letzteres, so behauptete die Klägerin, gelte innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Ausstat-

92 RG, Urteil vom 24.1.1919 MuW 1918 S. 136 "Inhalatoren"

93 RG, Urteil vom 19.11.1920, RGZ 100 S. 254

tung. Das RG ließ die Frage, ob die Einbiegung der Ecken zugleich einen ästhetischen Zweck erfülle,, indem sie dem Gehäuse ein gefälligeres Aussehen gebe, dahingestellt,⁹⁴ auf jeden Fall sei die Versagung des Ausstattungsschutzes für die besondere Form des Gehäuses dadurch gestützt, daß die Einbiegung der Ecken insofern auch einem technischen Zweck diene, als sie dem ganzen Gehäuse eine größere Festigkeit und Widerstandsfähigkeit verleihe.⁹⁵ Es sei letztlich auch gleichgültig, ob die Klägerin durch ihre Formgebung dem Gehäuse ein gefälligeres und besonders kennzeichnendes Äußeres habe geben wollen. Werde diese Form als Ausstattung anerkannt, so könne ein subjektives Alleinrecht auf eine industrielle Verbesserung, eine technische Ausgestaltung außerhalb des Patent- und Gebrauchsmusterrechtes erworben werden. Die technische Funktion der Gestaltung sei ausschließlich dem Patent- und Gebrauchsmusterschutz vorbehalten.⁹⁶ Prozessual und für die weitere Erörterung ist bedeutsam, daß ein Beweis-antrag der Klägerin in der Vorinstanz dahin, daß die Gestaltung des Gehäuses eine Herkunftsfunktion habe und vom Gebrauchszweck unabhängig sei, mit Billigung des Reichsgerichtes abgewiesen wurde, mit der Begründung, darauf komme es nicht an.

Auf der Linie der "Gasmesser"-Entscheidung ging das RG in dem "Ortizón"-Urteil weiter.⁹⁷ Der Kläger stellte

⁹⁴ aaO S. 253

⁹⁵ aaO S. 252

⁹⁶ aaO S. 254

⁹⁷ RG, Urteil vom 1.10.1923, RGZ 26 S. 593

Ortizon-Mundwasserkugeln her und vertrieb diese. Aufbewahrt waren sie in einem Fläschchen, das die Form einer liegenden, den Kopf hebenden Schnecke hatte. Bis 1922 war die Form der Flasche als Gebrauchsmuster geschützt. Die Beklagte vertrieb ihre Silberpräparate für Zahnfüllungen in einem blauen Fläschchen, das im wesentlichen dieselbe Form wie das Fläschchen der Klägerin hatte. Ausstattungsschutz wurde abgelehnt mit der Begründung, aus der Tatsache des früheren Gebrauchsmusterschutzes ergäbe sich, daß die besonders geformte Flasche technisch-funktionell bedingt gewesen sei, Ausstattungsschutz und Gebrauchsmusterschutz schlossen sich aber aus.

Folgender Sachverhalt lag dem Urteil des RG vom 30.11.1926 zugrunde.⁹⁸ Die Parteien stellten Pappkartons mit den dazugehörigen Umschlagbogen her, die sie gestanzt, aber noch nicht zusammengesetzt an Schokoladenfirmen u.a. verkauften. Zur besseren Öffnung des Deckels, der sogenannten Deckellasche, war das farbige Umschlagpapier entsprechend den Umrissen des Deckels und der Deckellasche gezahnt. Als Hinweis für den Käufer der gefüllten Kartons, wo sich die zum Öffnen des Deckels bestimmte Stelle befand, war an dieser auf der Umhüllung ein dementsprechender Aufdruck angebracht, und zwar ein besonders gefärbtes halbkreisförmiges Feld mit dem Aufdruck: Eindrücken und Deckel hochreißen! Das RG verneinte die Ausstattungsfähigkeit des Aufdrucks etc. mit der Begründung, es handle sich hier um eine praktisch-technische Einrichtung.⁹⁹

98 MuW 1926 S. 251

99 aaO S. 252

In der "Küchenwunder"-Entscheidung vom 8.6.1928¹⁰⁰ billigte das RG die Abweisung des Beweisantrages der Klägerin in der Berufungsinstantz, der dahin ging, daß der funktionelle Zweck auch auf andere Weise hätte erreicht werden können, die Gestaltung, für diese Ausstattungsschutz in Anspruch nehme, sei nicht technisch bedingt. Das, was durch den Beweisantrag hätte bewiesen werden sollen, sei nicht geeignet gewesen, die Bedenken des Berufungsgerichtes gegen die Ausstattungsschutzzfähigkeit zu beseitigen.

Einen der Gipfelpunkte in der Verfolgung seiner Linie erreichte das RG in der "Zigarillo"-Entscheidung.¹⁰¹ Wegen des Sachverhaltes wird auf das III. Kapitel Zi. 1.3. verwiesen. Beim Öffnen der Kisten entstand ein eigenartig wirkendes Ausstattungsbild, bei dem der vorzugsweise in Schokoladenfarbe gehaltene Druck auf dem Seidenpapier als Blickfang auf den Betrachter wirkte und das Gesamtbild maßgeblich beeinflusste. Dies war auch vom Hersteller beabsichtigt. Diese neue Aufmachung, die unüblich war, hatte sehr großen Erfolg. Eine andere Konkurrenzfirma hatte früher dieselbe Aufmachung benutzt, war aber rechtskräftig zur Unterlassung und zum Schadensersatz verurteilt worden. Es war also klar, daß es für Konkurrenzfirmen gefährlich war, die Zigarren mit dem eigenartig bedruckten Seidenpapier zu umhüllen. Da kam die Beklagte auf folgenden Gedanken. Da das Einwickeln von Zigarren schlechthin nicht aus-

100 RG, Urteil vom 8.6.1928, MuW 27-28 S. 489

101 siehe Fußnote 58

stattungsfähig war, verpackte sie jede, zweite Zigarre in der obersten Reihe der Kiste mit unbedrucktem Seidenpapier. Unter die Seidenpapierumhüllung, zwischen die Zigarillos und dem halbdurchsichtigen Seidenpapier legte die Beklagte ein bedrucktes, in der Form eines länglich rechteckigen Etiketts gehaltenes Papier, das sie als "Garantieschein" bezeichnete. Dieser "Garantieschein" schimmerte durch das unbedruckte Seidenpapier hindurch. Bei flüchtigem Hinsehen entstand der Eindruck, das Seidenpapier selber sei wie das der Klägerin bedruckt.¹⁰² Die ausführliche Darlegung des Sachverhaltes ist nötig, um die Entscheidung des RG vom Ergebnis her, unter dem Gesichtspunkt der Interessen-Jurisprudenz, unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit, zu würdigen. Das RG führte aus, begrifflich könne eine Gestaltung Ausstattung nur sein, wenn sie nicht durch die Förderung technischer Zwecke bedingt sei. Dies sei auch schon dann der Fall, wenn die gewählte Gestaltung sich als eine praktisch angemessene Verwertung des technischen Elementes, d.h. als geeignetes Mittel zur Förderung der praktischen Brauchbarkeit der Ware darstelle. Die Einwicklung der Zigarren in bedrucktes Seidenpapier diene dazu, ein Zerkrümeln für den Fall zu verhindern, daß die Zigarren lose in der Tasche getragen werden.

Mit einem roten Strich unter der Schlagzeile beschäftigte sich das RG 1932.¹⁰³ Die im Verlag der Klägerin erscheinenden

102 Goldbeck, Der Ausstattungsbegriff des RG, GRUR 1931 S. 200

103 RG, Urteil vom 22.1.1932 S. 460, "Roter Strich unter der Schlagzeile".

den 2 Zeitungen hatten seit längerem schon in jeder Nummer unter der Schlagzeile einen roten Strich. Das RG verkannte nicht, daß der rote Strich unter der Schlagzeile kennzeichnend für die Zeitungen der Klägerin war; gleichzeitig aber diene dieser rote Strich der Hervorhebung der Schlagzeile. Seien das technisch-praktische Moment und das kennzeichnende bei einem Gegenstand gleichzeitig vorhanden, dann könne Ausstattungsschutz nur insoweit in Anspruch genommen werden, als die kennzeichnenden Merkmale unabhängig von der technischen Gestaltung seien. Hier lasse sich beides nicht voneinander trennen, der Zweck - Hervorhebung der Schlagzeile - nehme den roten Strich in vollem Umfang in Anspruch. Der rote Strich sei daher kein ausstattungs-schutzfähiges Merkmal.¹⁰⁴

Eine Zusammenfassung seiner bisherigen Rechtsprechung gibt das RG in dem Urteil "Makkaroni-Packung".¹⁰⁵ Beide Parteien stellten Eierteigwaren her und vertrieben sie. Die Klägerin hatte sich für die Verpackung von Eierröhrchen und Makkaroni je ein Gebrauchsmuster eintragen lassen. Die Verpackung bestand aus einer durchscheinenden Hülle, die an den Enden durch feste Kappen versteift war. Nach Ablauf des Gebrauchsmusterschutzes machte die Klägerin Ausstattungsrechte an ihrer so gefertigten Verpackung gegen eine ganz ähnliche Verpackung

104 aaO S. 462

105 RG, Urteil vom 21.12.1934, GRUR 1935 S. 376

der Beklagten geltend. Die Klägerin sah die kennzeichnenden Merkmale ihrer Verpackung in folgenden Gestaltungen: Der bandartige Abschluß auf den Kappen in einer kräftigen, von dem Ton der Umhüllung abstechenden Farbe; die längliche Form; die Durchsichtigkeit des Umhüllungsmaterials; der Firmenaufdruck auf dem Umhüllungsmaterial. Die Klage wurde abgewiesen. Die längliche Form sei durch die Eigenart der Makkaronis geboten und daher technisch bedingt, dasselbe gelte für die Durchsichtigkeit des Umhüllungsmaterials, da diese Inhalt eines früheren Gebrauchsmusterschutzes war. Ausstattung könne höchstens die Form und Farbe der Abschlußkappen und die Beschriftung sein. Die steife Beschaffenheit der Kappen habe den technischen Zweck zu erfüllen, der dünnen Hülle genügend Halt zu geben. Die runde oder ovale Form der Kappe sei zwangsläufig durch die runde oder ovale Form der Verpackung gegeben. Im wesentlichen diene somit die ganze Gestaltung dem Arbeits- oder Gebrauchszweck und könne daher nicht Gegenstand der Ausstattung sein, was den Arbeits- oder Gebrauchszweck fördern solle, könne allenfalls Gegenstand eines Gebrauchsmusterschutzes sein; dieser und der Ausstattungsschutz schlossen sich aber aus. Wenn auch gewisse kennzeichnende Momente gegeben seien, seien sie deshalb nicht ausstattungsfähig, weil die kennzeichnenden und die technisch-praktischen Momente nicht voneinander unabhängig wären.¹⁰⁶

Der Kläger hatte sich als Gebrauchsmuster eine Brillenstange schützen lassen, die in 2 Hälften zerlegt und mittels Verschraubungen und einem eigenartigen Scharnier wieder beweglich verbunden werden konnten; die Brillenstange war dadurch der Länge nach verstellbar. Die Umhüllung des Scharniers war vierkantig oder oval gestaltet und dementsprechend der in ihr festzuhaltende Stabteil und auch die Überwurfmutter, die den Stab festhalten sollte. Für diese Merkmale verneinte das RG die Ausstattungsfähigkeit.¹⁰⁷

In einem Rechtsstreit, in dem sich das RG mit der Ausstattungsfähigkeit der "Uralt Lavendel-Flasche" zu beschäftigen hatte,¹⁰⁸ sprach es folgendes aus: Die Ausstattung müsse eine willkürliche Zutat zur Ware oder ihrer Verpackung sein. Gestaltungen, die einem Arbeits- oder Gebrauchszweck dienten, könnten nicht Träger einer Ausstattung sein. Dies gelte auch, wenn die betreffende Gestaltung dem Gebrauchszweck nur förderlich sei. Erst Zutaten und Beifügungen, die darüberhinaus in erster Linie den Zweck verfolgten, die Ware zu schmücken und sie den Käufern gefälliger und ansprechender zu machen, könnten Gegenstand der Ausstattung sein. Ob im einzelnen die Gestaltung der Ware oder ihrer Verpackung im wesentlichen einem Gebrauchszweck diene, oder ob wegen des "ästhetischen Überschusses" über diesen Zweck der Gestaltung

107 RG, Urteil vom 25.9.1936, GRUR 1937 S. 66, "Brillengestell"

108 siehe Fußnote 4 im II. Kapitel

ein besonderes Kennzeichen für die Herkunft der Ware sein könne, entscheide sich nach den Auffassungen beteiligter Verkehrskreise. Betrachte der Verkehr eine bestimmte Aufmachung als Kennzeichen für die Herkunft aus dem Betrieb ein und derselben Firma, so erübrigten sich weitere Erörterungen darüber, ob diese Merkmale an sich geeignet seien, Träger des Ausstattungsschutzes zu werden, denn über solche Bedenken habe sich die allein entscheidende Auffassung des Verkehrs hinweggesetzt.

Diesen Standpunkt verläßt das RG wieder und zwar in der bekannten "Hautpflaster"-Entscheidung.¹⁰⁹ Hielt es die obige Entscheidung noch für wichtig, ob der Verkehr ein bestimmtes Merkmal als Kennzeichen für die Herkunft der Ware betrachtet, so stellt es im vorliegenden Fall lapidar fest, der Ausschluß des Technisch-Funktionellen vom Ausstattungsschutz sei Bestandteil des objektiven Rechtes, das von der Auffassung der beteiligten Verkehrskreise unabhängig sei.¹¹⁰ Als Begründung wird noch angefügt, dies sei deswegen rechtens, weil auch jede technisch-funktionelle Gestaltung sich desto stärker als Herkunftszeichen durchsetzen könne, je eigenartiger und einzigartiger sie sei. Das Technisch-Funktionelle solle aber nur durch die technischen Sonderrechte geregelt sein, dies im Interesse der Allgemeinheit.¹¹¹

109 RG, Urteil vom 20.3.1941, GRUR 1941 S. 238
"Braunes Hautpflaster"

110 aaO S. 239

111 aaO

Der Abschluß der Reichsgerichtsrechtsprechung zu unserem Problem ist das Urteil vom 25.2.1943.¹¹² Danach komme der Verkehrsauffassung insoweit Bedeutung zu, als es sich um die Frage handle, ob der nach Ausschaltung der technisch-funktionellen Merkmale verbleibende "ästhetische Überschuß" an besonderer Gestaltung ausreiche, um ihm Verkehrsgeltung zu verschaffen. Für die Frage der Möglichkeit des Ausstattungsschutzes sei es unerheblich, ob neben der technischen Ausgestaltung, für die Verkehrsgeltung beansprucht werde, gleichwertige andere Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung stünden.

1.2. Kritik der RG-Rechtsprechung.

Die Rechtsprechung des RG ruht auf 2 Säulen, einmal auf dem Begriff der "äußeren Zutat" und zum anderen darauf, daß es ein Satz des objektiven Rechtes sei, daß eine technisch-funktionelle Gestaltung nie Ausstattung sein könne. Diese Begründung wird schon in der "Shannon-Registrators"-Entscheidung gebracht.

Daß die Ausstattung keine "äußere Zutat" zur Ware oder zu ihrer Verpackung sein muß, wurde schon im III. Kapitel unter 1.1. dargelegt. Die Odolflasche, die Doornkaatflasche, die besondere Farbkombination auf der Maggi-Verpackung sind keine äußere Zutat zur Verpackung oder Umhüllung und sind dennoch unzweifelhaft Ausstattung.

Weiterhin ist der Ausgangspunkt in obiger Entscheidung

112 GRUR 1943 S. 213

richtig, daß der technische Fortschritt nicht dadurch verhindert werden darf, daß eine technische Gestaltung auf "ewig" geschützt ist. Dies aber schon bei der Frage der Ausstattungsfähigkeit ins Spiel zu bringen, ist unrichtig. Es hätte in all diesen Fällen erst einmal geprüft werden müssen, ob die technischen Gestaltungen unter dem Gesichtspunkt des Zeichenrechtes überhaupt in der Lage sind, Ausstattung zu sein. Dies können sie nicht sein, wenn sie die einzige zumutbare Möglichkeit sind, um den Gebrauchszweck zu erfüllen. Dann gehören sie zum Wesen der Ware und können schon per definitionem nicht Ausstattung sein. So vorzugehen ist die logisch saubere Lösung. Es geht nicht an, bei der Überprüfung der Tatbestandsmerkmale des § 25 WZG schon eine Güterabwägung vorzunehmen, die auch gar nicht nötig ist, da das andere Vorgehen zu denselben Ergebnissen führen kann. Das Reichsgericht tat die 2. und 3. Schritte vor dem 1. Schritt. Hätte es die Ausstattungsfähigkeit für technische Merkmale bejaht, die zur Erreichung des Gebrauchszweckes nicht unbedingt erforderlich sind - wie dies in der Shannon-Entscheidung anklingt - so wäre die Gefahr der Monopolisierung und Hemmung des technischen Fortschrittes nicht eingetreten. Da nämlich nach richtiger Auffassung nur die technischen Gestaltungen Ausstattung sein können, die ersetzbar sind, ist nicht ersichtlich, worin bei Anerkennung eines diesbezüglichen Ausstattungsschutzes die Hemmung des technischen Fortschrittes liegen soll. In "Handfeurlöcher" wird der unrichtige Standpunkt ganz klar, wenn es heißt, daß es gleichgültig sei, ob auch andere Ge-

staltungsmöglichkeiten gegeben seien.

Es wird in Zi. 2, bei der Behandlung der Verkehrsgeltung noch zu zeigen sein, daß die Verkehrsgeltung sich auf ganz konkrete, optisch wirkende Gestaltungen einer Ware bezieht. Das, was aber sich an das Auge und an den ästhetischen Sinn des Abnehmers wendet, hat meistens mit der technischen Funktion nichts zu tun.

Wie oben schon gesagt, scheidet aufgrund des Wesens der Ausstattung schon die technische Gestaltung aus, die in keiner Weise zu ändern ist, ohne daß der Gebrauchszweck dadurch beeinträchtigt würde. Insoweit ist die Rechtsprechung des RG im Ergebnis richtig. Es bleiben aber die vielen Elemente übrig, die zwar einen technischen Zweck haben, aber nicht unentbehrlich sind, die ersetzbar sind. Es ist nun unrichtig, zu sagen, diese Elemente dürften nicht via Ausstattung geschützt werden, da sonst der Sinn der technischen Schutzrechte, die nach Ablauf einer gewissen Frist technische Gestaltungen freigeben, aufgehoben würde. Der Schutzgegenstand der technischen Schutzrechte ist jedoch ein ganz anderer, nämlich der Erfindungsgegenstand und der allgemeine Erfindungsgedanke. Der Erfindungsgedanke ist die technische Lehre, die sich aus dem Sinn der Schutzansprüche ergibt, der allgemeine Erfindungsgedanke die technische Vorstellung, die ein Durchschnittsfachmann bei genauerem Studium aus der Patentschrift bzw. den Gebrauchsmusterunterlagen entnimmt. Dieser allgemeine Erfindungsgedanke muß aus

den Ansprüchen in der Patentschrift bzw. aus den Anmeldeunterlagen auch erkennbar, d.h. durch sie gedeckt sein.¹¹³ Zur Verdeutlichung soll hier kurz der Sachverhalt des "Skistiefelverschluß"-Urteils des BGH dargestellt werden.¹¹⁴ Die Klägerin hatte ein Patent angemeldet für: einen Verschluß für Skistiefel, deren Schaft längs des Ristes übereinander übergreifende Schließlappen aufweist, bei welchem auf dem einen Schließlappen mehrere Zugorgane und auf dem anderen Schließlappen entsprechende Spannhebel angeordnet sind, wobei jedes Spannhebellager eine mit ihm starr verbundene Auflageplatte aufweist, dadurch gekennzeichnet, daß die Länge der Auflageplatte vor dem Spannhebellager ausgehend in Richtung gegen den Rand des Schließlappens mindestens das 3-fache des Höhenabstandes zwischen Auflageplatte und Spannhebeldrehachse beträgt.

Geschützt in diesem Fall ist die technische Lehre, daß bei einer Verbindung des Spannhebels mit einer starren Auflageplatte - mit den o.a. besonderen Maßen - der Druck auf den Fuß auch bei härtester Spannung des Verschlusses auf ein erträgliches Maß herabgesetzt werden kann. Diese Lehre darf ein anderer nicht durch Mittel, die den Mitteln des Patentinhabers, die dieser zur Erreichung des technischen Zwecks gebraucht, äquivalent sind, nachahmen. Entscheidend ist hier also, daß

113 Hubmann, aaO § 20 II

114 BGH, Urteil vom 24.4.1969, GRUR 1969 S. 53
"Skistiefelverschluß"

der Schutz, den die technischen Schutzrechte gewähren, sich nicht auf die ganz konkrete Gestaltung beschränkt. Im Gegensatz dazu wird beim Ausstattungsschutz nicht ein "allgemeiner Ausstattungsgedanke" geschützt, sondern die ganz konkrete Ausstattung. Jeder andere kann daher, auch wenn eine Ausstattung geschützt ist, durch Wahl einer anderen technischen Gestaltung, die mit der geschützten Ausstattung nicht verwechslungsfähig ist, denselben Zweck erreichen. Das bezieht sich, wie oben schon gesagt, nur auf willkürliche technische Gestaltungen, die auswechselbar sind. In der konkreten Gestaltung - Ausstattung - ist die verkörperte gewerbliche Werbeleistung des Ausstattungsinhabers geschützt. Wie schon erwähnt¹¹⁵, ist die im Verkehr durchgesetzte Ausstattung nicht nur das Produkt eines in der Vergangenheit liegenden Aufwandes von Kapital und Arbeit, sondern auch Produkt gegenwärtiger Leistung, denn, da das Ausstattungsrecht seine Entstehung keinem formalen Akt, sondern der Verkehrsdurchsetzung verdankt, muß der Inhaber der Ausstattung unermüdlich weiter daran arbeiten, die Verkehrsgeltung aufrechtzuerhalten. Er muß also, da die Konkurrenz nicht ruht, ständig noch mehr auf die Güte seiner Produkte achten. Er hat also das größte und auch ein berechtigtes Interesse daran, daß seine Ausstattung geschützt wird, auch die Allgemeinheit ist an dem Schutz der Ausstattung - sie soll über die Her-

115 II. Kapitel, Zi. 1.

kunft nicht getäuscht werden - sehr interessiert. Den Schutz dieser Interessen läßt das RG nun völlig aus dem Auge, es begünstigt die Täuschung, den unlauteren Wettbewerb. Es wurde schon dargelegt, daß die Formel des Reichsgerichtes, alles, was nur irgendeinen Bezug zu einer technischen Funktion habe, könne nicht Ausstattung sein, gar nicht geeignet ist, dem Grundgedanken der technischen Schutzrechte, daß nämlich nach einer gewissen Zeit die Erfindungen gemeinfrei werden sollen, zum Durchbruch zu verhelfen. Die Formulierungen des RG werden besonders in der Ortizon und der Zigarrillo- und Handfeuerlöscher-Entscheidung zu Leerformeln, die nichts mehr besagen. Typisch dafür ist, daß in der Gasmesser-, Ortizon- und Hauptpflaster-Entscheidung auf die Feststellung dessen, ob bestimmte Gestaltungen Verkehrsgeltung genießen, überhaupt nicht mehr Wert gelegt wird, obwohl die Tatsache der Verkehrsgeltung schon besagen würde, daß der Kläger große Aufwendungen gehabt hat, um die betreffende Gestaltung als Kennzeichnungsmittel im Verkehr durchzusetzen. Es ist vom Ergebnis her unverständlich, weshalb z.B. das RG in der Ortizon-Entscheidung die besonders eigenartige Ortizonflasche nicht schützt. Würde sie geschützt, so kann davon, daß dadurch der technische Fortschritt behindert würde, überhaupt nicht die Rede sein. Wohl aber wird durch die Ablehnung des Schutzes dem unlauteren Wettbewerb Vorschub geleistet, denn die Konkurrenten werden sich die Gelegenheit nicht entgehen lassen, z.B. die eigenartig geformte Ortizonflasche nachzuahmen, um so sich an die Leistungen und den Ruf des Klägers zu hängen. Daß durch diese Täuschung

auch die Allgemeinheit gefährdet wird, dürfte klar sein. In der Handfeuerlöcher-Entscheidung ist ausdrücklich erwähnt, daß es auch andere gleichwertige Gestaltungsmöglichkeiten gäbe. Es ist nun nicht verständlich, weshalb der unlautere Konkurrent bestätigt bekommt, er könne sich an den Ruf der Klägerin anhängen. Ähnlich verhält es sich mit der Gasmesser-Entscheidung. Besonders kraß ist die "Aufforderung zum unlauteren Wettbewerb" in der Zigarrillo-Entscheidung. Es gibt schlechterdings kein berechtigtes Interesse der Konkurrenten, die eigenartige Einwicklung der Zigarren in der obersten Reihe der Kiste nachzuahmen.

Ein Scheinproblem schien den Ausschluß technischer Gestaltungen vom Ausstattungsschutz zu verlangen, mechanisch wurde dann auf ungeeignete Fälle die Regel angewandt, technische Gestaltung = Ausschluß des Ausstattungsschutzes.

Dieser Grundsatz verstieß um so mehr gegen die Interessen des Ausstattungsinhabers, als die von ihm eventuell erreichte Verkehrsgeltung - zur Nachprüfung dieser Frage kam es nach der Rechtsprechung des RG ja erst gar nicht - sehr schwer zu erlangen war, da das Publikum in einer technischen Gestaltung sehr viel schwerer als in einer anderen Gestaltung ein Herkunftszeichen sieht.

1.3. In der Literatur wurde an dieser Rechtsprechung über-

wiegend Kritik geübt. So wandte sich von Moser¹¹⁶ besonders gegen die Zigarillo-Entscheidung. Daß eine Aufmachung auf die Förderung praktischer Zwecke gerichtet sei, habe mit ihrer Fähigkeit, im Verkehr als Herkunftszeichen aufgefaßt zu werden, gar nichts zu tun. Wenn jemand eine den Gebrauchszweck der Ware fördernde Gestaltung der Ware oder ihrer Verpackung, die gemeinfrei sei und durch kein Sonderrecht geschützt werde, so verwandt habe, daß das gesamte Publikum die besondere Gestaltung als charakteristisches Merkmal der Waren dieses Erzeugers ansehe, sei wohl das Interesse des Erzeugers an der Erhaltung seines Besitzstandes größer als das Interesse der Allgemeinheit am freien Spiel der Kräfte. Schumann¹¹⁷ meint, die Rechtsprechung des RG sei dadurch überholt, daß im Rahmen der Behandlung des "sklavischen Nachbaus" anerkannt sei, daß technische Elemente einen Herkunftshinweis geben könnten. Entscheidend sei, ob die technischen Gestaltungen Verkehrsgeltung erlangt hätten.

Fischer¹¹⁸ würdigt kritisch die Rechtsprechung des RG bis zur Zigarillo-Entscheidung. Er weist mit Recht darauf hin, daß man von einem Eingriff in das Herrschgebiet der technischen Sonderrechte doch nur da sprechen könnte, wo die konkrete Lage des einzelnen Falles rein

116 Der Ausstattungsbegriff des Reichsgerichts, GRUR 1930 S 1163

117 Ausstattungsschutz trotz technischer Funktion, GRUR 1931 S. 691

Die Bedeutung der technischen Funktion, GRUR

118 1932 S. 97

tatsächlich zur Monopolisierung nicht einer einzelnen Ausführungsform, sondern des technischen Gedankens selbst führen müßte.

Positiv äußert sich Groß¹¹⁹ wenn er bemerkt, daß Patent und Gebrauchsmuster, die Folgen einer erfinderrischen Leistung seien, und die Ausstattung, die dem Wettbewerbsrecht angehöre, auf verschiedenen Gebieten lägen und verschiedene Voraussetzungen und Folgen hätten. Das, was durch Patent- oder Gebrauchsmusterschutz gegen Nachahmung gesichert gewesen, nach Erlöschen des Schutzes aber frei geworden sei, könne nie Ausstattungsschutz genießen. Diese Begründung läßt sich aber gerade gegen das RG ins Feld führen, das zu seiner Rechtsprechung ja wegen der Befürchtung kam, via Ausstattungsschutz könne das geschützt werden, was durch Patent- und Gebrauchsmusterschutz geschützt war. Wie oben ausgeführt ist dies aber nicht der Fall, da die Schutzgegenstände verschieden sind.

Im Zusammenhang mit der Erörterung des Problems des "sklavischen Nachbaues" stellt Spielmann¹²⁰ folgende in diesem Problem weiterführende und die Überlegungen des RG widerlegende Erwägungen an: Erfindungen im weiteren Sinn auf technischem Gebiet setzen einen technischen Gedanken voraus, dem der unter Schutz

119 Grenzen der Ausstattung, GRUR 1932 S. 123

120 Der Schutz der Maschinenkonstruktion gegen Nachbau, GRUR 1925 S. 214

stehende Gegenstand als Ganzes in seiner körperlichen Gestaltung entspricht. Ein solcher Gedanke läßt sich in reiner Form körperlich im allgemeinen nicht in reiner Form darstellen, sondern kann in der Regel nur in einer Konstruktion in Erscheinung treten, die ihn an Reichhaltigkeit des Inhalts weit übertrifft und ihre individuelle Bestimmtheit, z.B. im Hinblick auf leichte Herstellbarkeit, die Möglichkeit besserer Reinigung etc. erhalten kann.¹²¹ Eine Konstruktion bildet eine zusammenhängende Einheit, deren Teile mit-einander durch eine Fülle von Beziehungen verknüpft sind, die sich schwer oder gar nicht erschöpfend darstellen lassen und vielleicht dem Konstrukteur selbst nur unvollständig oder undeutlich zum Bewußtsein kommen. Sind aber Erfindung und Konstruktion zwei grundsätzlich verschiedene Realitäten, die in demselben körperlichen Gebilde nebeneinander bestehen, so können sie auch Träger verschiedener Rechtsverhältnisse sein. Man kann dann nicht mehr sagen, daß, wenn der Schutz der Erfindung aufgehört hat, nicht mehr ein auf ganz anderen Voraussetzungen beruhender Schutz für die Konstruktion bestehen könne. Es gibt keinen Satz, daß bei Ablauf von Patent oder Gebrauchsmusterschutz auch jeder andere Schutz aufhören müsse. Warum soll nicht neben dem ausdrücklich verliehenen oder erworbenen Schutz ein anderer, der zunächst nicht beachtet wird, weil seine Funktion von dem Patent- oder Gebrauchsmusterschutz, der sich natürlich auch auf die Konstruktion erstreckt, mit übernommen wird, seine Wirkung selbstständig äußern, wenn ihm kein anderer Schutz

121 aaO S. 215

mehr zur Seite steht.¹²²

Ein weiteres Bedenken gegen die Ergebnisse der RG-Rechtsprechung ergibt sich daraus, daß, wenn der Ausstattungsinhaber sich nach dieser Rechtsprechung richtet, er sich sehr hüten wird, z.B. funktionelle Formen seinen, einem Gebrauchszweck dienenden Waren zu verleihen. Dann müßte er nämlich gewärtig sein, daß eifrig nach irgendwelchen technischen Zwecken gesucht und sie dann auch gefunden würden. Damit würde dann die Ausstattungsfähigkeit verneint werden. Der Hersteller müßte also völlig untechnische und "überflüssige" und "unsachliche" Formen wählen, bei deren Anblick jeder gleich erkennt, daß diese Form mit der Funktion des Gegenstandes überhaupt nichts zu tun hat.¹²³

Cahn¹²⁴ nimmt kritisch zum "Ortizón"-Urteil Stellung. Er meint zu Recht, daß zwar diese Flasche in ihrer Form auch eine funktionelle Bedeutung habe, daß aber sie noch mehr in der Besonderheit ihres Verschlusses, ihrer Form einen Herkunftshinweis für das Publikum gibt. Es sei nicht einzusehen, warum die Flasche nach Erlöschen des Musterschutzes für den Ausstattungsschutz verloren sein solle. Keinesfalls solle "hinten herum" eine Verlängerung des erloschenen Gebrauchsmusterschutzes erreicht werden. Hier handle es sich um etwas anderes, um die

122 aaO

123 Pietrkowsky, Der Schutz der äußeren Form technischer Konstruktionen, GRUR 1932 S. 663

124 Widerstreit von Gebrauchsmuster und Ausstattung, GRUR 1927 S. 31

Abwehr einer angeblich verwechslungsfähigen Gestaltung, die die Abnehmer eventuell täuschen kann.¹²⁵

Goldbeck¹²⁶ weist in seiner Besprechung des "Zigarillo"-Urteils mit Recht darauf hin, daß, wenn der technische Zweck der Umhüllung der Zigarren gewesen wäre, diese zu schützen vor dem Zerkrümeln oder Verstauben, so hätte dies viel wirksamer durch die längst bekannte Staniolumhüllung erreicht werden können, die aber gerade von der Klägerin nicht gewählt worden war, weil sie eine Ausstattung bringen wollte, die sich von den bisher Üblichen grundsätzlich unterschied.¹²⁷

Die Beklagte wählte die Staniolumhüllung deshalb nicht, weil sich ihre Zigarren dann zu sehr von denen der Klägerin im Aussehen unterschieden hätten. Daß die Annahme dieses technischen Zwecks abwegig ist, ergibt sich daraus, daß die Klägerin nur jede 2. Zigarre eingewickelt hatte. Wäre die Meinung des RG richtig, so hätte die Klägerin also beabsichtigt, daß mindestens jede zweite Zigarre, wenn sie lose getragen wird, zerbröseln würde.

Kritik an der RG-Rechtsprechung übt mit durchgreifenden Argumenten auch Callmann.¹²⁸ In Frage stehe bei der

125 aaO S. 32

126 siehe Fußnote 102

127 aaO S. 202

128 Das RG zum Problem des sklavischen Nachbaues, GRUR 1928 S. 430

Untersuchung, ob eine Ausstattung gegeben sei, die nachgeahmt werde, nicht die technische, sondern die kommerzielle Tätigkeit des Fabrikanten. Der Anspruch auf Monopolisierung des im Gegenstand verkörperten Gedankens, der nach Ablauf des Schutzes nach den technischen Schutzrechten fortfiele, habe nichts mit dem Anspruch auf Unterlassung einer Täuschungshandlung zu tun, etwa mit dem Anspruch aus § 15 WZG a.F. auf Schutz der Ausstattung.¹²⁹ Callmann weist auch noch darauf hin, daß das RG zu einem Schutz vor dem Nachbau technischer Gestaltungen dann käme, wenn dadurch eine Verwechslungsgefahr entstünde. Diese Begründung sei aber schief, da dieses Ergebnis nicht über urheberrechtliche Erwägungen erzielt werden dürfe, sondern aufgrund rein warenzeichenrechtlicher. Für diese Tatbestände sei § 15 WZG der richtige Ort.¹³⁰ Genieße ein geschütztes Muster Verkehrsgeltung, so sei das in der Aufmachung zum Ausdruck gelangende, mit Mühen und Kosten errungene Arbeitsergebnis gegen wettbewerbsmäßige Aneignung geschützt; das sei dann aber nichts anderes als Ausstattungsschutz.¹³¹ Hier ginge es darum, daß der Redliche vor dem Unredlichen geschützt werde. Wo es sich um die Aufmachung handle, gäbe es nur ein Interesse: Das Interesse des Herstellers

129 aaO S. 431

130 aaO S. 434; vgl. E. Reimer (Normaufstellung zur Frage der Benutzung fremder Arbeit und Gedanken) GRUR 1935 S. 454 (459).

131 Callmann, aaO S. 434

an dem kennzeichnenden eigenartigen Hinweis.¹³²

Isay¹³³ macht sich als einer der wenigen die Recht -
sprechung des RG zueigen, verschärft sie sogar noch.
Sein Kernsatz lautet: Erst wenn eine Gestaltung außer-
halb der Grenzen liegt, die den technischen Erfolg unter
wirtschaftlichen Gesichtspunkten erstreben, ist Raum für
den Ausstattungsschutz.¹³⁴

Oben wurde schon begründet, weshalb diese Meinung abzu-
lehnen ist.

Etwas zwiespältig nimmt Wassermann¹³⁵ zum "Zigarillo"-
Urteil Stellung. Er meint auch, das Einwickeln der
Zigarren habe technische Zwecke, er findet noch einen
weiteren technischen Zweck, nämlich den, daß durch
das Einwickeln auch noch dem Auge die Farbe der einzelnen
Zigarren entzogen wird, wodurch der Fabrikant die nicht
unerheblichen Kosten des Aussortierens gleichfarbiger
Zigarren sich ersparen könne. Dadurch könnten Zigarren
verschiedener Farben zusammengestellt und zum Normal-
preis verkauft werden.¹³⁶ Allerdings käme eine Aus-
stattungsschutz in der Richtung in Betracht, daß sich

132 aaO S. 435

133 Zur Frage des Ausstattungsschutzes für Formen
der Ware, GRUR 1926 S. 449

134 aaO S. 452

135 Der Ausstattungs-begriff des RG, GRUR 1931 S. 476

136 aaO

beim Öffnen der Zigarrenkiste durch die Umhüllung der Zigarren der obersten Reihe durch Seidenpapier ein eigenartiger Anblick biete.¹³⁷ Im Ergebnis sei das Urteil aber richtig, da keine Verwechslungsgefahr gegeben sei.¹³⁸

Zusammenfassend kann zur RG-Rechtsprechung gesagt werden, daß vom Ergebnis her die "Shannon"-Entscheidung sicher richtig ist. Es spricht viel dafür, daß das eigenartige Aussehen der Holzunterlage, bestehend aus zwei verschiedenen miteinander verleimten Holzbrettchen, technisch bedingt ist. Es ist auch richtig, daß - vom Ergebnis her - via Ausstattungsschutz kein Monopol auf eine bestimmte Ware oder eine bestimmte technische Gestaltung errichtet werden darf. In der Folge jedoch wendet das RG diesen Grundsatz mechanisch an, unterläßt jede Güterabwägung zwischen dem Interesse des Ausstattungsinhabers am Schutz seiner Ausstattung und dem Bedürfnis des Verkehrs nach ungehindertem Nachbau, also dem Interesse am technischen Fortschritt. Technische Gestaltungen waren ursprünglich vom Ausstattungsschutz ausgenommen worden, um eine Monopolisierung zu verhindern. Dieser Grundsatz rechtfertigte sich aus seinem Zweck. Er wurde in der Folge als Leerformel mechanisch angewandt, seine Rechtfertigung verlor das RG aus dem Auge. Es wurde dann nur noch nach irgendwelchen technischen Funktionen, und seien sie noch so weit hergeholt, gesucht, hatte man diese gefunden, so

137 aaO

138 aaO S. 477

wurde ohne weitere Abwägung die Ausstattungsfähigkeit verneint. Dabei fällt auf, daß es nie zu einer Erörterung der Frage kam, ob die betreffende Gestaltung sich im Verkehr nicht als Herkunftshinweis durchgesetzt habe. Dies ist aber bei der Frage des Ausstattungsschutzes einer der wichtigsten Punkte. Die Rechtsprechung macht den Eindruck, als ob das RG vor der Prüfung der Frage der Verkehrsgeltung eine gewisse Scheu gehabt habe.

- 1.4. Einen erheblichen Fortschritt stellt die Rechtsprechung des BGH dar.

Die erste Entscheidung, die sich mit dieser Problematik befaßt, stammt aus dem Jahre 1952. Es ist die bekannte "Zählkassette"-Entscheidung.¹³⁹ Wegen des Sachverhaltes verweise ich auf das III. Kapitel Zi. 1.3., am Anfang. Es sei nach objektiven Grundsätzen zu entscheiden, ob einzelne Merkmale der äußeren Gestaltung einer Ware für diese wesentliche technische Elemente seien, also zum Wesen der Ware gehörten. Für die Merkmale, die in diesem Sinne nicht wesentlich für die Ware seien, könne Ausstattungsschutz gewährt werden.

In der "Radschutz"-Entscheidung¹⁴⁰ nahm der BGH mit Recht an, daß die Kreisrunde Form des Schutzgehäuses von Radschutzantrieben technisch bedingt sei. Zwar ist etwa eine viereckige Form auch denkbar, dies wäre vom

¹³⁹ vgl. Fußnote 61

¹⁴⁰ siehe Fußnote 75

technischen Standpunkt aber unsinnig, das annähernd runde Gerät erfordert auch ein rundes Schutzgehäuse.

In dem Sachverhalt der Entscheidung des BGH vom 13.7.1956 ging es um Uhrenrohwerke, deren Aufzug-Teile und Brüche kennzeichnend gestaltet waren. Die konkrete technische Gestaltung war ersetzbar. Daher nahm der BGH auch Ausstattungsfähigkeit an, lehnte aber den Ausstattungsschutz ab, da keine Verkehrsgeltung bestünde.

Die Parteien stellten Arbeitskleider her.¹⁴² Die Klägerin hatte schon seit längerem auf der Innenseite der Jacken für die linke Brusttasche Taschenstreifen angebracht, auf die eine Beschriftung eingewebt war. Für diese Taschenstreifen hatte die Klägerin früher Gebrauchsmusterschutz gehabt. Der technische Zweck war, bei der Befestigung der linken Brusttasche dieser einen festeren Halt zu geben. Trotzdem hielt der BGH diesen Taschenstreifen für ausstattungsfähig. Er führte aus, daß eine technisch bedingte Gestaltung grundsätzlich nicht Gegenstand eines Ausstattungsschutzes sein könne, und zwar gleichgültig, ob für die betreffende Anordnung ein Patent- oder Gebrauchsmusterschutz bestanden habe bzw. noch besteht, oder ob dies nicht der Fall sei. Eine technisch bedingte Gestaltung könne deshalb nicht Ausstattung sein, weil es sich insoweit um die Ware selbst und nicht um ihre Ausstattung handle. Sei aber eine Gestaltung ge-

141 GRUR 1957, S. 37 "Uhrenrohwerk"

142 BGH, Urteil vom 28.5.1957, GRUR 1957, S. 603
"Taschenstreifen"

geben, die nicht technisch bedingt sei, so verliere sie ihre Ausstattungsfähigkeit nicht dadurch, daß sie einmal Gegenstand eines Gebrauchsmusters gewesen sei.¹⁴³

Denkt man z.B. an die "Ortizón"-Entscheidung des RG, so sieht man, daß das Urteil des BGH in einem diametralen Gegensatz zur Rechtsprechung des RG auf dem Gebiet der technischen Gestaltungen steht. Daß die Taschenstreifen auch einen technischen Zweck hatten, ergibt sich daraus, daß sie einen Gebrauchsmusterschutz genossen. Das RG hätte hier nicht untersucht, ob die Taschenstreifen auch kennzeichnend wirken, infolge eines "kennzeichnen-den Überschusses", sondern hätten dem Grundsatz gemäß gehandelt, technische Gestaltungen können nur durch die technischen Schutzrechte geschützt werden, was einmal den Schutz dieser Gesetze genossen hat, kann nie mehr einen anderen Schutz genießen. Daß diese Meinung zu unhaltbaren Ergebnissen führt, wurde schon dargelegt. Daß die Meinung des BGH nicht nur vom Rechtsbegriff der Ausstattung her richtig, sondern auch im Ergebnis zu einem gerechten Ergebnis führt, ergibt eine Würdigung dieses Urteils. Der Beklagte hätte viele Möglichkeiten gehabt, der Brusttasche einen festeren Halt zu verleihen. Wenn er gerade die Taschenstreifen wählte, für die die Klägerin Verkehrsgeltung erworben hatte, so wußte er schon, was er tat, er wollte sich "an den Kläger hängen".

Da der BGH es mit einem Tatbestand des Zeichenrechtes,

¹⁴³ aaO S. 604

nämlich § 25 WZG, zu tun hatte, entschied er richtig über die Zubilligung eines Ausstattungsschutzes allein unter den Gesichtspunkten des Zeichenrechtes.¹⁴⁴

Die Klägerin stellte Feuerzeuge mit einem typisch geformten Zündmechanismus her (Gleitschieber mit muldenförmiger Rückenfläche derart, daß das rückwärtige und vordere Ende des Gleitschiebers etwa in einer Ebene parallel zur Feuerzeuggehäusedecke liegt.)¹⁴⁵ Der BGH nahm Ausstattungsfähigkeit an, wies die Klage aber mangels Verkehrsgeltung ab.

Einzelelemente eines äußeren Gesamtbildes einer Ware, die nicht allein durch den technischen Zweck bedingt seien, sondern willkürlich vertauschbar seien, könnten auch dann Ausstattungsschutz erwerben, wenn sie daneben den Gebrauchszweck der Ware unterstützen oder fördern.¹⁴⁶

Diese Problematik behandeln auch die Urteile "Wandsteckdose"¹⁴⁷ und "Lichtkuppeln".¹⁴⁸ Wegen der Sachverhalte darf ich auf das III. Kapitel, Zi. 1.1., a.E. verweisen.

Sowohl die Wandsteckdosen als auch die Lichtkuppeln sind reine Gebrauchsgegenstände, sie sind nur für einen technischen Zweck da. Auch hier zog der BGH nicht den un-

144 Hefermehl, Anm. zu dem obigen Urteil, GRUR 1957 S. 605

145 siehe Fußnote 30

146 aaO S. 233

147 siehe Fußnote 11

148 siehe Fußnote 10

richtigen Schluß, damit sei die konkrete Form insgesamt ausschließlich technisch bedingt. Der BGH erkannte, daß keine Form in ihrer ganz konkreten Ausgestaltung so sein muß wie sie ist, um den technischen Zweck zu erfüllen. Die charakteristischen Merkmale, die sich im Verkehr durchgesetzt haben, hätten auch andere sein können, ohne daß dadurch die Erfüllung des Gebrauchszwecks behindert worden wäre.

Das wird besonders deutlich bei dem Urteil "Klemmbausteine".¹⁴⁹

Die Klägerin stellte Klemmbaustein aus Kunststoff als Kinderspielzeug her (LEGO). Das technische Prinzip dieser Bausteine bestand darin, daß auf der Oberseite der Bausteine eine Anzahl Nocken, an der Unterseite ein Rand war. Beim Aufeinandersetzen der Steine greift der Rand über die Nocken und die Bausteine werden durch Klemmwirkung zusammengehalten. Die Beklagte vertrieb Klemmbausteine unter dem Namen PUWI. Sie hatten dieselben Abmessungen, dieselben Farben und konnten mit den LEGO-Bausteinen zusammengesetzt werden. Die Klägerin machte ein Ausstattungsrecht geltend und verwies darauf, daß die Maße, die Farbe der Steine und die Form der Nocken willkürlich gewählt werden könnten. Das OLG Hamburg gab der Klage unter dem Gesichtspunkt des § 25 WZG statt.¹⁴⁹ Der BGH gab der Klage nicht unter dem Gesichtspunkt des Ausstattungsrechtes sondern unter dem des sittenwidrigen

¹⁴⁹ siehe Fußnote 63

¹⁵⁰ Urteil vom 22.2.1962, WRP 1962 S. 264

Nachbaus gem. § 1 UWG statt.

Die Klemmnocken seien technisch-funktionell bedingt. Ohne die Klemmnocken könnten die Bausteine ihre technische Funktion nicht erfüllen. Wohl aber sei die Form der Klemmnocken ausstattungs-fähig, da sie nicht, wie bei der Klägerin, unbedingt rund zylindrisch sein müßten, sondern auch eckig, oval, kegelförmig sein könnten. Da zwar die Klemmnocken technisch unbedingt nötig seien, aber Klemmnocken in verschiedenen Formen möglich seien, sei die Form ausstattungs-fähig.

Eine geschützte Ausstattung nahm der BGH deshalb aber nicht an, da es an der ordnungsgemäßen Feststellung der Verkehrsgeltung gefehlt habe.¹⁵¹

Aus der Reihe der obenangeführten Urteile, die ohne Vorbehalt zu billigen sind, fällt leider das Urteil "form-strip" heraus.¹⁵² Dieses Urteil ist ein Rückfall in die längst überwundene Rechtsprechung des RG. Hier wurde die selbstverständliche Tatsache, daß jede technische Gestaltung auch einen technischen Zweck hat, dazu benutzt, die Riemen als zum Wesen der Ware gehörig zu betrachten. Daß derselbe Zweck durch völlig andere Gestaltungen genauso hätte erreicht werden können, wurde oben schon dargelegt.¹⁵³ Dieses Urteil steht in bemerkenswertem

151 aaO S. 623

152 siehe Fußnote 64

153 siehe 1.3.2. a.E.

Gegensatz, besonders zu der Entscheidung "Klemmbausteine". Hier hätte man sehr viel eher auf den Gedanken kommen können, daß die Nocken in ihrer Form technisch bedingt und daher dem Ausstattungsschutz nicht zugänglich seien. Subtil untersuchte der BGH, ob die konkrete Form der Nocken technisch bedingt sei. An dieser Untersuchung ließ der BGH es im "form-strip"-Fall fehlen. Die konkrete Gestaltung der Schuhe war eben nicht technisch bedingt.

- 1.5. Nachfolgend soll ein Überblick über die Meinung des Schrifttums zu obiger Problematik gegeben werden.

Im Kommentar von Kent aus dem Jahre 1897¹⁵⁴ sind Formulierungen, die heute noch von Interesse sind. So hält er für ausstattungs-fähig nur eine Form, die durch die Natur der Sache nicht gegeben ist. Jeder, der Waren herstellen und vertreiben darf, müsse auch die Befugnis haben, die der Ware eigentümliche Form anzuwenden, da anderenfalls seine Herstellungs- und Vertriebsrechte illusorisch würden. Im Gegensatz dazu könne die willkürlich gewählte Form als Ausstattung geschützt sein.¹⁵⁵

Kohler¹³⁶ will technische Gestaltungen mit dem Argument ausschließen, irgendwelche technischen Vorteile, welche das Zeichen bieten könne, könnten nur vom Erfinder beansprucht werden unter den Voraussetzungen der technischen Schutzrechte.¹⁵⁷

154 vgl. Fußnote 1 a

155 S. 713

156 Warenzeichenrecht, Mannheim und Leipzig o.J.

157 aaO S. 86

Seligsohn¹⁵⁸ schließt sich völlig der Rechtsprechung des
RG an.¹⁵⁹

Finger¹⁶⁰ stellt sich ebenfalls auf den Standpunkt, daß
eine Gestaltung nicht Ausstattung sein könne, wenn sie
einen technischen Zweck habe.¹⁶¹ Derselben Meinung ist
Hagens.¹⁶²

Ähnlich formuliert Pinzger.¹⁶³

Diese Monographien und Kommentare liegen ganz auf der
Linie der RG-Rechtsprechung, sie bringen keine neuen
Argumente.

Von den Nachkriegs-Komentaren liegt als einziger Tetzner¹⁶⁴
voll auf der Linie der RG-Rechtsprechung, ohne sich von
der zur Zeit dieser Rechtsprechung geäußerten Kritik
und durch die neuen Argumente des BGH etc. beeinflus-
sen zu lassen. Gegen das Urteil "Zählkassette" führt er
ins Feld, daß mit der Anerkennung der Ausstattungsfähig-
keit von Gestaltungen, die auch den technischen Zweck

158 Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen, Kommentar,
3. Aufl., Berlin + Leipzig 1925

159 aaO S. 94

160 Das Reichsgesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen
v. 12.5.1894, Kommentar, 3. Aufl., Berlin 1926

161 aaO, § 15 WZG Anm. 2

162 Warenzeichenrecht, Berlin und Leipzig 1927 S. 99

163 Das deutsche Warenzeichenrecht, 2. Aufl., München
und Berlin 1957

164 Warenzeichengesetz, Kommentar, Heidelberg 1958

fördern, eine Hemmung des technischen Fortschrittes Hand in Hand gehe. Zu diesem Ergebnis käme es nämlich, wenn auf andere, wirtschaftlich sinnvolle Weise (bei Wahl einer anderen konkreten Gestaltung) eine gleiche Gebrauchswertförderung nicht erreichbar sei.¹⁶⁵ Damit verkennt aber Tetzner den Sinn der Argumentation des BGH. Wenn auf andere, wirtschaftlich gleichwertige Weise der Gebrauchszweck nicht erreicht werden kann, wenn also keine andere als die konkrete Gestaltung, für die Ausstattungsschutz beansprucht wird, möglich ist, dann gehört diese Gestaltung zum Wesen der Ware und ist deshalb schon nicht ausstattungsfähig.

Hubmann¹⁶⁶ ist der Meinung, daß eine technisch-funktionelle Gestaltung dann schutzfähig sei, wenn sie willkürlich gewählt sei und den übrigen Gewerbetreibenden hinreichend andere, ebenso brauchbare Formen zur Verfügung stünden. Nur formuliert er diese Feststellung als eine Ausnahme von der Regel, daß technisch-funktionelle Gestaltungen einer Ware im Interesse der Allgemeinheit nicht zugunsten eines einzelnen Gewerbetreibenden für immer monopolisiert werden dürfen. Oben wurde jedoch schon dargelegt, daß, wenn technische Gestaltungen zur Erreichung des Gebrauchszwecks nicht unbedingt nötig sind, die Anerkennung dieser konkreten Gestaltungen als Ausstattung nie zu einer Monopolisierung zugunsten eines einzelnen Gewerbetreibenden führen kann. Ausnahme und Regel müßten

165 aaO S. 100/101

166 aaO § 44 II 3

hier umgekehrt werden. Wenn eine ganz konkrete Gestaltung, die einen technischen Zweck erfüllt, sich als Herkunftshinweis durchsetzt, so ist diese ganz konkrete Gestaltung i.d.R. technisch nicht unersetzbar und daher auch nicht zum Wesen der Ware gehörig.

Im Kommentar von Reimer¹⁶⁷ wird der "Zutatbegriff" mit Recht kritisiert. Da eine Ausstattung unzweifelhaft auch mit der Ware eine stoffliche Einheit bilden könne, sei das Erfordernis der "Zutat" mißverständlich.¹⁶⁸

Auch Reimer schließt die technisch notwendigen Gestaltungen vom Ausstattungsschutz mit Recht aus. Dies ergebe sich daraus, daß in einem solchen Fall das Merkmal für das Wesen der Ware bestimmend sei.¹⁶⁹ Wesentlich sind die Ausführungen darüber, was "technische Notwendigkeit" bedeute. Dies könne nur im Einzelfall geklärt werden. Vom Gericht müsse eventuell ein Sachverständiger eingeschaltet werden. Es sei nach objektiven Grundsätzen zu entscheiden, ob einzelne Merkmale der Ware oder ihrer Verpackung als wesentlich technische Elemente anzusehen seien.

167 Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Systematischer Kommentar, 1. Band, Warenzeichen und Ausstattung, Köln-Berlin-Bonn-München, 4. Aufl., 1966

168 Reimer, bearbeitet von Heydt, § 25 WZG, Anm. 3

169 aaO Anm. 10

Stünde die Verkehrsgeltung der betreffenden Warenformgebung etc. fest, so müsse der Beklagte beweisen, daß die Verwendung dieser Formgebung usw. eine technische Notwendigkeit sei. Nur bei klarer Beweisführung sei die auf die Verkehrsgeltung gestützte Klage abzuweisen. Technisch bedingt sei eine Gestaltung nicht, wenn die technische Wirkung, die mit dem speziell zu prüfenden Element verfolgt werde, auch durch eine andere Formgestaltung erreicht werden könne.¹⁷⁰ Ausstattungsfähig sei ein Element dann, wenn es durch wirtschaftlich zumutbare andere Elemente gleichwertig ersetzt werden könne. Wenn ein den Gebrauchszweck förderndes Element Verkehrsgeltung erworben habe, weil gerade diese Form sich als Kennzeichen durchgesetzt habe, bestehe voller Schutz.¹⁷¹

Wenn z.B. bei der Thermosflasche, die aus einem Flaschenkörper, dem Flaschenhals und dem Becher besteht, nur ein Element nicht technisch bedingt sei, könne auch die Kombination ausstattungsschutzfähig sein.¹⁷²

Nach Bußmann-Pietzker-Kleine¹⁷³ verträgt sich das Erfordernis der "Zutat" mit der Tatsache, daß Ausstattung und Ware eine stoffliche Einheit bilden können. Es könne aber niemals Aufgabe der Ausstattung sein, für technische Neuerungen, deren Schutz den technischen Schutzrechten vorbehalten sei, eine zeitlich beschränkte Monopolstellung zu sichern.

170 aaO

171 aaO

172 aaO

173 Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3. Aufl., Berlin 1962, § 16 C III 2

Darum ging es jedoch, soweit ersichtlich, in keinem der referierten Fälle, in denen technische Gestaltungen als Ausstattung vom jeweiligen Kläger reklamiert worden waren.

Hartgen¹⁷⁴ bringt ähnliche Gedanken.

Dasselbe gilt für Busse.¹⁷⁵ Er beschreibt die Grenzen der Ausstattungsfähigkeit technischer Gestaltungen derart, daß, was unter Patent- oder Gebrauchsmusterschutz stehe, wegen dieses befristeten Monopols und wegen der sonst entstehenden Hemmung des technischen Fortschritts nicht geschützt werden könne.

Der Rechtsprechung des BGH folgt mit eigener Begründung von Gamm.¹⁷⁶ Wenn die technische Lehre in einer konkreten technischen Gestaltung ihren Ausdruck haben finden müssen, sei diese technische Gestaltung nicht ausstattungsfähig. Wohl aber, wenn die technische Gestaltung nur den Gebrauchszweck unterstütze und fördere. Das Bestehen eines technischen Schutzrechtes heiße noch nicht unbedingt, daß die konkrete technische Gestaltung unerläßlich zur Erfüllung des technischen Zwecks sei.¹⁷⁷

174 Warenzeichengesetz, Kommentar, Köln-Berlin-Bonn-München 1968

175 Warenzeichengesetz, Kommentar, 4. Aufl., Berlin 1970, § 25 WZG, Anm. 6 C

176 Warenzeichengesetz, Kommentar, München und Berlin 1965

177 aaO, § 25 WZG, Anm. 10

Im übrigen stehe das Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit an bestimmten Gestaltungselementen der Ausstattungsschutzfähigkeit nicht entgegen.¹⁷⁸

Vorbehaltlos zuzustimmen ist Baumbach-Hefermehl, wenn sie technisch bedingte Gestaltungen für ausstattungsunfähig halten. Stelle sich ein Gestaltungselement einer Ware als das einzig brauchbare Mittel dar, um eine bestimmte technische Lehre zu verwirklichen, so gehöre dieses Gestaltungselement zur Ware selbst. Nicht technisch bedingt sei ein Element nur, wenn andere gleichwertige Gestaltungsmöglichkeiten vorhanden seien, die den technischen Zweck wirtschaftlich und technisch mit nicht größerem Aufwand erreichten.¹⁷⁹

V.d. Osten¹⁸⁰ faßt die Problematik der technischen Gestaltungen als Ausstattung wie folgt zusammen: Technisch bedingte Ausstattungselemente, die die Brauchbarkeit der Ware oder eines ausschließlich ihr dienenden sachlichen Vertriebsmittels erhöhten, seien ausstattungsfähig, es sei denn, daß der mit dem technischen Mittel verfolgte Zweck mit annähernd gleichem Kostenaufwand nicht zu erreichen sei.

Formalistisch und begriffsjuristisch geht Dietze vor.¹⁸¹

178 aaO Anm. 14

179 Baumbach-Hefermehl, aaO § 25 Anm. 22 - 24

180 Die Verkehrsgeltung im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht und ihre Feststellung im Prozeß, S. 48

181 Die Grenzen des Ausstattungsschutzes, GRUR 1952 S. 317 (320)

Da die Ausstattung etwas Zusätzliches sein müsse, könnten Merkmale der Ware, die einmal unter Patent- oder Gebrauchsmusterschutz gestanden hätten, über die Ausstattung nicht dem freien Verkehr entzogen werden.

Dabei wird verkannt, daß konkrete Merkmale der Ware als solche nicht geschützt werden, sondern der dahinter stehende Erfindungsgedanke.

Ein gutes konkretes Beispiel für die vorliegende Problematik gibt Schroeter.¹⁸² Anstatt der an Bügelgasanzündern üblicherweise angebrachten Flügelmuttern nimmt ein Hersteller Kordelmuttern. Seine Bügelgasanzünder haben einen guten Ruf, er verwendet eine sehr gute Zündsteinqualität. Im Verkehr setzt sich die Kordelmutter als Kennzeichen auf den Betrieb des Herstellers durch, die Kordelmutter gewinnt auch als Gütezeichen Bedeutung. Diese besondere Mutter hat selbstverständlich auch einen technischen Zweck; es führte aber zu einem unannehmbaren Ergebnis, wollte man den Mitkonkurrenten, die verschiedene andere Möglichkeiten haben, gestatten, diese Kordelmutter auch für ihre Bügelgasanzünder zu verwenden.

In seinem sehr instruktiven Aufsatz¹⁸³ versuchte Köhler die vorliegende Problematik in folgender Art zu lösen. Auch ein Merkmal, das zuerst nur dem Gebrauchszweck zu dienen scheint, kann sich tatsächlich im Verkehr als

182 Sittenwidrigkeit bei der Benutzung fremder Arbeit und Gedanken im Wettbewerb, GRUR 1949 S. 228 (231)

183 siehe Fußnote 71 S.126

Unterscheidungsmerkmal durchsetzen. In diesem Fall darf niemand gehindert werden, denselben technischen oder funktionellen Erfolg mit denselben Mitteln zu erreichen. Er muß das aber in der Weise tun, daß das Publikum das übereinstimmende Merkmal unzweifelhaft nur in seiner ersten, technisch-funktionellen Bedeutung verstehen kann, aber nicht in seiner zweiten Bedeutung als Hinweis auf einen bestimmten Gewerbebetrieb. Es ist dabei ohne weiteres denkbar, das technisch-funktionelle Merkmal in einer völlig neuen, unterscheidungskräftigen und nicht verwechslungsfähigen Gesamtgestaltung untergehen zu lassen.

Dies ist ein Hinweis, der für die Lösung der Problematik der Ausstattungsfähigkeit technischer Gestaltungen sehr fruchtbar ist.

- 1.6. Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die Freigabe der technischen Elemente, die für die Erfüllung eines Gebrauchszweckes nicht unerlässlich und ersetzbar sind durch gleichwertige Elemente, für den Ausstattungsschutz vom Rechtsbegriff der Ausstattung und von der Systematik des § 25 WZG her richtig ist. Auch das Ergebnis befriedigt, denn durch diese Lösung wird weder eine bestimmte Warenart monopolisiert, noch wird der technische Fortschritt gehemmt. Da es dem Inhaber der Ausstattung nämlich um den Ausstattungsschutz für eine ganz konkrete Gestaltung seiner Ware geht, kann durch die Sperrung dieser ganz konkreten Gestaltung der technische Fortschritt nicht aufgehalten werden. Dieser würde aufge-

halten, würde der Erfindungsgedanke, die technische Lehre, gesperrt. Der Erfindungsgedanke hängt aber nicht an einer ganz konkreten Ausgestaltung eines technischen Elementes, sondern steht dahinter und ist weiterreichend.

Durch diese Lösung ist das berechnigte Interesse des Ausstattungsinhabers am Schutz seines mit Mühe und Kosten erlangenen Ausstattungsrechtes gewährleistet. Ferner ist - im Interesse der Allgemeinheit - dafür gesorgt, daß der unlautere Wettbewerber sich nicht des konkreten technischen Elementes bedient, um so die Herkunfts- und Gütevorstellung des Verkehrs auszunützen. Daß zu einem solchen Ergebnis die RG-Rechtsprechung führen würde, wurde schon dargelegt.

2. Ästhetische Gestaltungen

2.1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes bietet auf diesem Gebiet nicht so viele Probleme, sie ist hier sehr viel großzügiger mit der Zubilligung der Ausstattungsfähigkeit als bei den technischen Gestaltungen.

In dem Urteil vom 31.1.1928¹⁸⁴ war der Sachverhalt der, daß der Kläger Huthaken herstellte, die durch ein Geschmacksmuster geschützt waren. Nach Ablauf der Schutzfrist stellte der Beklagte genau dieselben Huthaken her. Das RG ging nun davon aus, daß ergänzend zu den gewerb-

184 RGZ 120, S. 94 "Huthaken"

lichen Schutzrechten die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechtes und der Wettbewerbsgesetze stünden. Die Sonderrechte der gewerblichen Schutzrechte schlossen die Anwendung der ergänzenden Vorschriften nur dann aus, wenn dies ausdrücklich oder sinngemäß vorgeschrieben sei. Das sei der Fall beim Patent- bzw. beim Gebrauchsmustergesetz, nicht aber beim Geschmacksmustergesetz. Auf dem Gebiet des Geschmacksmusterrechtes sei das Interesse der Allgemeinheit an einem Freiwerden des Musters nicht so groß wie das Interesse der Allgemeinheit am Freiwerden einer technischen Erfindung.

Hier sah das RG wohl den Weg für die Bejahung der Ausstattungsfähigkeit frei, kam zu dem gewünschten Ergebnis aber durch die Anwendung des § 1 UWG ("sklavischer Nachbau").

Der Sachverhalt des Urteils des RG vom 18.5.1940 war folgender.¹⁸⁵ Die Parteien erzeugen und vertrieben Bestecke. Die Löffel des Klägers hatten einen besonders geformten Stiel mit einem Wulst. Die Löffel der Beklagten waren sehr ähnlich.

Auch hier verwandte das RG nicht, wie auf dem Gebiet der technischen Gestaltungen, den unzutreffenden Gedanken des Freihaltebedürfnisses. Wahrscheinlich aber nur deshalb, weil eine ästhetische Gestaltung "weniger Wert" ist und daher kein Freihaltebedürfnis der Allge-

185 GRUR 1941, S. 445 "Messerbestecke"

meinheit bestünde.

Das RG nimmt dann die Rechtsprechung des BGH vorweg, in dem es ausführt, daß der Verkehr in dem besonders geformten Stiel mit einem Wulst eine Besonderheit der Löffel sehe, durch die sich die Waren von anderen üblichen Bestecken unterschieden, daß also der Stiel mit dem Wulst eine Gestaltung sei, die auf die Wertschätzung der Löffel durch den Verkehr entscheidenden Einfluß habe.

- 2.2. Die Rechtsprechung des BGH wurde bereits im III. Kapitel unter 1.1. und 1.2. behandelt. Ich darf daraufverweisen.

V. Kapitel:

Voraussetzung des Schutzes der ausstattungs-
fähigen Merkmale - die Verkehrsgeltung

Ergibt die Prüfung unter den o.a. Kriterien, daß eine Gestaltung ausstattungsfähig ist, so ist dies zwar eine Voraussetzung für den Ausstattungsschutz, bedeutet aber noch nicht, daß diese Gestaltung tatsächlich geschützt wird. Dies wird sie erst, wenn sie sich innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen der Waren eines anderen durchgesetzt hat. Die Verkehrsgeltung ist der Niederschlag, das Ergebnis der Bemühungen des Gewerbetreibenden, durch Werbung, gute Qualität etc. eine ausstattungsfähige Gestaltung zum "Begriff" beim Ab-

nehmer werden zu lassen. In der Verkehrsgeltung kristallisiert sich die Leistung des Gewerbetreibenden. Sie ist eine Erscheinung der Wirklichkeit, sie verdankt keinem formalen Akt ihre Entstehung. Sie ist das Ergebnis eines siegreichen Kampfes des Inhabers der Ausstattung gegen seine Mitbewerber, ein Leistungsausweis.

Wie unten noch erörtert werden wird, ist es äußerst schwer, für eine Ausstattung Verkehrsgeltung zu erlangen. Die Verkehrsgeltung muß ständig neu erkämpft werden, mit ihr steht und fällt der Ausstattungsschutz.

Wirtschaftlich gesehen liegt der absolute Schwerpunkt der Ausstattung auf der Verkehrsgeltung. Die überragende Bedeutung der Ausstattung als Wirtschaftsgut beruht auf der Verkehrsgeltung und hängt von ihr ab. Ohne diese ist die Ausstattung im Wirtschaftsleben bedeutungslos und lediglich von theoretisch-juristischem Interesse. Sie stellt als tatsächliche Erscheinung einen solchen wirtschaftlichen Wert dar, daß sie zurückwirken muß auf die rein rechtliche Behandlung der Ausstattungsschutzfähigkeit. Die Prüfung der Ausstattungsschutzfähigkeit muß immer vor dem Hintergrund der Verkehrsgeltung erfolgen und diese berücksichtigen. D.h. bei der Prüfung, ob bestimmte Merkmale ausstattungsschutzfähig sind, muß immer berücksichtigt werden, daß eine Verneinung der Ausstattungsschutzfähigkeit dazu führt, daß dieses Merkmal, selbst wenn es Verkehrsgeltung besitzt, keinen Ausstattungsschutz genießt. Daß also u.U. eine erworbene Verkehrsgeltung ins Leere geht, keinen "Träger" hat. Das unbillige Ergebnis ist dann, daß ein

"Nachahmer", der das kennzeichnende Merkmal des Konkurrenten wählt, weil es Verkehrsgeltung besitzt, ohne weiteres sich an das bekannte Merkmal hängen und im Verkehr den Eindruck erwecken darf, die so gekennzeichnete Ware stamme aus demselben Betrieb wie die bekannte Ware des Konkurrenten.

Deshalb ist auch die Behandlung der Verkehrsgeltung wichtig für die Bestimmung der Ausstattungsschutzfähigkeit insofern, als im Zweifel eher die Ausstattungsschutzfähigkeit eines Merkmals bejaht werden muß, da die "Entscheidung" bei der Feststellung der Verkehrsgeltung fällt und bei einer zu engen Fassung der Grenzen der Ausstattungsschutzfähigkeit es zur Feststellung der Verkehrsgeltung gar nicht mehr kommt.

1. Ehe z.B. durch Meinungsumfragen untersucht werden kann, ob die Verkehrsgeltung besteht, muß Klarheit und Gewißheit darüber bestehen, für welche ganz konkreten Merkmale der Ausstattungsschutz in Anspruch genommen werden soll. D.h., daß der Kläger in einem Prozeß so konkret und so ins einzelne gehend wie möglich vortragen muß, was er geschützt haben will. Er wird gerade bei technischen Merkmalen im eigenen Interesse so weit wie möglich differenzieren, denn sonst läuft er Gefahr, wenn er den reklamierten Schutz zu weit umschreibt, daß das Gericht ihm den Schutz verweigert, weil das Merkmal als technisch notwendig ausstattungsunfähig sei.

Die Ausstattung wendet sich an das Auge und den ästhetischen

Sinn des Käufers.¹⁸⁶ Instrukтив ist der Fall "Klemm-Bau-
steine".¹⁸⁷ Die Form der Steine, die Farben, waren nicht
ausstattungs-fähig, da sie zum Wesen der Ware gehören. Das-
selbe gilt für die Nocken als solche. Hätte also die Klä-
gerin sich nur auf die Nocken schlechthin berufen, wäre sie
gescheitert, denn diese gehören selbstverständlich als für
die Erfüllung des Gebrauchszwecks der Steine notwendig zum
Wesen der Ware, sie sind also nicht ausstattungs-fähig. Nun
sind aber Nocken nicht gleich Nocken, sie können in ver-
schiedenen Formen auftreten. Im Falle der Klägerin waren
sie rund und zylindrisch. Die Verurteilung durch das Be-
rufungsgericht, das OLG Hamburg, gestützt auf Ausstattungs-
schutz, ließ sich beim BGH mit dieser Begründung nicht hal-
ten. Insofern scheiterte das OLG Hamburg daran, daß vor
einer Meinungsumfrage keine Klarheit darüber bestand, welches
ganz konkrete Merkmal nun eigentlich sich innerhalb be-
teiligter Verkehrskreise hätte durchsetzen sollen.

Es hätte gefragt werden müssen, ob die Befragten aufgrund
der runden zylindrischen Form der Klemmnocken annähmen, die
Bausteine kämen aus einem bestimmten Betrieb, der seine Bau-
steine dadurch von denen anderer Hersteller unterscheidet.
Unrichtig wurden den Befragten jedoch Beutel mit LEGO-Steinen
aus einer bestimmten Entfernung vorgehalten, sie wurden ge-
fragt, ob ihnen diese Steine bekannt seien. Das wurde
selbstverständlich bejaht, jeder kennt die LEGO-Steine.
Damit war aber noch lange nicht gesagt, aufgrund welcher
Merkmale. Daß die LEGO-Steine bekannt waren, heißt noch

186 siehe Fußnote 94

187 siehe Fußnote 63

langenicht, daß die Abnehmer in diesem ganz spezifischen Merkmal (Form der Klemmnocken) ein Herkunftszeichen sahen. Die Befragten bejahten die Frage, ob ihnen die Steine bekannt seien deshalb, weil sie wahrscheinlich außer den LEGO-Steinen gar keine anderen Bausteine kannten.¹⁸⁸

Es kommt allein darauf an, daß die Abnehmerschaft ausschließlich durch das Merkmal, für das Rechtsschutz beansprucht wird, zu dem Schluß veranlaßt wird, der Händler oder Hersteller des ihr vorliegenden Angebots stimme mit dem Erzeuger und Verteiler der ihr bereits bekannten Ware überein. Zunächst ist somit das zu schützende Merkmal genau festzulegen und dann zu prüfen, ob es für sich allein innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Herkunftshinweis aufgefaßt wird.¹⁸⁹

Nur durch diese genaue Abgrenzung kann verhindert werden, daß die Verkehrsgeltung angenommen wird, wenn der Verkehr beim Anblick der Ware annimmt, sie stamme aus einem bestimmten Betrieb. Dann nämlich kann sich diese Meinung daraus ergeben, daß der Verkehr deshalb auf einen bestimmten Hersteller schließt, weil er gar keinen anderen kennt, bzw. daß seine Herkunftsvorstellungen bei Merkmalen "einhakt", die gar nicht ausstattungsfähig sind.¹⁹⁰ Dieser Gefahr kann dadurch begegnet werden, daß den Befragten die Ware des Klägers und die des Beklagten vor Augen geführt werden und daß unter Hinweis auf die konkrete Gestaltung, für die der

188 siehe aaO S. 623

189 v.d. Osten, aaO S. 32

190 siehe Fußnote 63 S. 623

Kläger Ausstattungsschutz in Anspruch nimmt, gefragt wird, ob der Betreffende beim Anblick dieses Merkmals daran denkt, daß sich eine Firma dieses Merkmals zur Unterscheidung ihrer Waren von den gleichen oder gleichartigen Waren anderer bedient.

Allerdings ist es zu pauschal, wenn der BGH bemerkt, daß eine Verkehrsgeltung, die darauf beruhe, daß der Verkehr keinen anderen Hersteller kennt als den Kläger, nicht ausreiche.

Wenn die Meinungsumfrage ergibt, daß der Abnehmer aufgrund eines ganz konkreten Merkmals die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betrieb erkennt, dann schadet es nichts, wenn der Befragte die Herkunftsvorstellung auch deshalb hat, weil er gar keinen anderen Hersteller kennt. Wollte man bei einer annähernden Monopolstellung des Herstellers die Verkehrsgeltung gewisser Merkmale seiner Ware deshalb ablehnen, weil die Verkehrsgeltung auf der Tatsache der annähernden Monopolstellung beruhe, so könnte dieser Hersteller für seine Waren nie Ausstattungsschutz erwerben. Dies wäre ein unbilliges Ergebnis.

Beruhend die Herkunftsvorstellung des Abnehmers auf ausstattungs-fähigen Merkmalen, dann verschlägt es nichts, ob die Verkehrsgeltung etwa darauf beruht, daß dem Abnehmer nur dieses eine Unternehmen als Hersteller der Waren der fraglichen Art bekannt ist. Wenn beispielsweise ein Hersteller 18 Jahre lang eine patentgeschützte Ware in den Verkehr bringt, dann darf der Konkurrent zwar die tech-

nische Lehre benutzen, nicht aber die besondere Aufmachung. Der Hersteller der patentgeschützten Maschine hatte ja tatsächlich durch seinen Patentschutz ein Monopol. Es ist ein unbilliges Ergebnis, ihm die auf einer besonderen Aufmachung beruhende Verkehrsgeltung abzusprechen. Sie muß im gleichen Umfang Schutz genießen, wie wenn er nicht der einzige Hersteller gewesen wäre.¹⁹¹

Wendet man diese Grundsätze auf die schon erwähnten Beispielsfälle der zapfenförmigen Fersenautomatik einer Sicherheits-Skibindung,¹⁹² der Rasierklinge mit Mittelschlitz¹⁹³ und der Kordelmutter bei einem Bügelgasanzünder¹⁹⁴ an, so muß nachgewiesen werden, daß es gerade die Zapfenform, gerade der Mittelschlitz oder gerade die Kordelmutter sind, die für die Abnehmer Unterscheidungskraft haben, d.h. an denen der Verkehr erkennt, daß die Waren aus einem bestimmten Betrieb stammen, an denen er die Waren von gleichen oder gleichartigen Waren anderer unterscheidet. Das Entscheidende ist also der Nachweis der Unterscheidungskraft. Unterscheidungskraft und Verwechslungsgefahr bedingen einander, die Verwechslungsgefahr kann nur da entstehen, wo ein Merkmal Unterscheidungskraft hat. Nur wenn und insoweit das Publikum beim Wahrnehmen eines Merkmals in den Glauben versetzt wird, es habe die Waren der bekannten Herkunft oder des bekannten Gewerbebetriebes vor sich, hat dieses Merkmal Unterscheidungskraft.¹⁹⁵ Die Bekanntheitsqualität beruht auf Erinne-

192 vgl. 1.3. a.E.

193 vgl. 1.3. a.E.

194 vgl. 1.4.

195 vgl. Köhler, aaO S. 122

rungsvorstellung im Bereiche des Unterbewußten. Das Zeichen kommt mir also bekannt vor, wenn ich es unbewußt mit einem früher wahrgenommenen Zeichen identifiziere. Das Zeichen nahm der Verbraucher im Zusammenhang mit der Ware einer bestimmten Herkunft einmal wahr. Er sieht dasselbe Zeichen wieder. Aus der Erinnerung erscheint vor seinem geistigen Auge das früher wahrgenommene Zeichen und damit gleichzeitig die Vorstellung von der damit in Zusammenhang stehenden Ware einer bestimmten Herkunft. Wer verwechselt, glaubt wiederzuerkennen. Wenn man etwas wiedererkennen will, muß es ein Merkmal haben, woran man es wiedererkennen kann. Dieses Merkmal muß Unterscheidungskraft besitzen.¹⁹⁶

Der Mittelschlitz an der Rasierklinge muß also einmal bekannt sein, der befragte Verbraucher muß sinngemäß sagen: "Ja, ich weiß, es gibt Rasierklingen mit einem Mittelschlitz". Das genügt alleine jedoch noch nicht. Er muß auch sagen: "Ich weiß, daß es einen Betrieb gibt, für dessen Rasierklingen der Mittelschlitz typisch ist: dieser Betrieb verwendet diesen Mittelschlitz, um seine Rasierklingen von denen anderer Betriebe zu unterscheiden."

Merkmale, die an sich ausstattungs-fähig sind, die im Verkehr auch bekannt sind, genießen nicht den Ausstattungsschutz, wenn sie vom Verkehr nicht als Kennzeichen zur Unterscheidung der verschiedenen Herkunftsstätten gewertet werden. So müßte man in dem Fall der "Messer-Bestecke",¹⁹⁷ selbst wenn man den besonders geformten Stiel des Löffels

196 aaO S. 121

197 siehe Fußnote 2.1. a.E.

als ausstattungsfähig ansehen würde und dem Verkehr diese Besonderheit bekannt wäre, den Ausstattungsschutz mangels Verkehrsgeltung ablehnen, da der Verkehr das besondere Merkmal zwar kennt, es aber nicht als Herkunftshinweis, sondern als eine Besonderheit ansieht, durch die sich die Bestecke von anderen Bestecken unterscheiden.

Dasselbe gilt für den "Trainingsanzug".¹⁹⁸ Wenn man annimmt, daß die Streifen auf dem Trainingsanzug nicht zum Wesen der Ware gehören, also ausstattungsfähig sind, so wird der Klägerin aber nicht der Nachweis gelingen, daß das Publikum die Streifen als Herkunftshinweis auffaßt, vielmehr wird es diese Streifen als eine Verzierung auffassen, die eine gewisse Firma für ihre Trainingsanzüge gewählt hat.

Hier wird das Problem der sogenannten "warenzeichenmäßigen Benutzung" berührt. Die Frage des Ausstattungsschutzes wird praktisch ernst, wenn ein anderer eine verwechslungsfähige Ausstattung benützt. Die Gefahr der Verwechslungsfähigkeit besteht nur, wenn der "Nachahmer" die Ausstattung warenzeichenmäßig benützt. Das Publikum muß die angegriffene Gestaltung als "warenzeichenmäßig genutzt" ansehen. Das ist spiegelbildlich genau die Vorstellung, die der Verkehr von der Ausstattung des Klägers haben muß. Beide Ausstattungen, sowohl die Ausstattung des Klägers als auch die des Beklagten müssen "warenzeichenmäßig" gebraucht werden. Dieser warenzeichenmäßige Gebrauch ist schon zu bejahen, wenn lediglich die Möglichkeit besteht, daß ein nicht unerheblicher Teil der in Betracht kommenden Verkehrskreise

198 siehe Fußnote 20

in der Kennzeichnung einen Hinweis auf die Herkunft der Ware erblickt und annimmt, die Kennzeichnung diene zur Unterscheidung von gleichen oder gleichartigen Waren anderer Herkunft.¹⁹⁹ Hier hatte die Klägerin ein Warenzeichen, das aus dem Bild der Umrißlinien eines sphärischen Dreiecks besteht, dessen 3 Seiten nach außen gebogen sind. Die Beklagte stellte Sonnenschutzöle her, die in einer Flasche vertrieben wurden, deren Grundriß der Form dieses sphärischen Dreiecks entsprach. Der Beklagte verwandte diese bestimmte Form nicht warenzeichenmäßig, eine Verwechslungsgefahr war nicht gegeben.

In einem anderen Fall²⁰⁰ hat die Herstellerin von Tabaken auf sogenannten Aufstellern für ihre Tabaksorten geworben. Auf jeder dieser Aufsteller sind 2 Hände abgebildet, eine Hand hält eine Pfeife, eine andere eine Zigarette. Die Klägerin, die Herstellerin der Roth-Händle Zigarette, verwandte als Warenzeichen das typische Handzeichen. Der BGH führte aus, es könne nicht angenommen werden, daß irgendein in Betracht kommender Teil der angesprochenen Verkehrskreise auf den Gedanken kommen könnte, die Handdarstellung auf den Werbetafeln der Beklagten sollten die Herkunft der Ware bezeichnen.²⁰¹

Nur ein Gebrauch, in dem der Verkehr eine Benutzung als Marke oder als Individualkennzeichen mit der Aufgabe, als

199 BGH, Urteil vom 30.10.1968, GRUR 1969 S. 601 (602) "Candahar"

200 BGH, Urteil vom 30.4.1969, GRUR 1969 S. 683 "Isolierte Hand"

201 aaO S. 684

Herkunftshinweis zu dienen, erblickt, kann überhaupt als
warenzeichenmäßig angesehen werden.²⁰²

Bei von Natur aus wenig oder gar nicht unterscheidungs-
kräftigen Gestaltungen, hier kommen insbesondere technische
Gestaltungen in Betracht, ist es rechtlich nicht erforder-
lich, daß der Kläger, der Ausstattungsschutz begehrt, nach-
weist, daß er durch besondere Werbemaßnahmen die konkrete
technische Gestaltung kennzeichenmäßig herausgestellt hat.
Dieser Meinung ist im Prinzip auch der BGH.²⁰³ Für nicht
richtig halte ich jedoch die Forderung des BGH in den bei-
den zitierten Entscheidungen, daß, wenn bestimmte Elemente,
die jetzt als Ausstattung reklamiert werden, jedoch früher
als technisch wertsteigernd herausgestellt worden sind,
der Nachweis einer Werbung erbracht werden müsse, die ge-
eignet sei, dem Verkehr den Bedeutungswandel vom technischen
zum kennzeichnenden Element klarzumachen. Wenn man schon
bei von Natur aus nicht unterscheidungskräftigen Merkmalen
entscheidend sein läßt die Verkehrsgeltung, der tatsäch-
liche Zustand der Verkehrsdurchsetzung, so sollte man auch
in diesem Fall konsequent sein, und nicht ein rechtliches
Erfordernis aufstellen, das nur Verwirrung und Komplikationen
bringt. Man sollte es der Lebenswirklichkeit, der Vorstel-
lung der Verbraucher überlassen, ob trotz des früheren Her-
ausstellens der technischen Bedeutung bestimmter Elemente,
der Verkehr dieselben Elemente als Kennzeichnung ansieht.

202 Bußmann, Die Bedeutung des warenzeichenmäßigen Ge-
brauchs, GRUR 1971 S. 392 (394)

203 ~~siehe~~ Fußnote 9 und 10; vgl. Baumbach-Hefermehl,
aaO § 25 WZG Anm. 40.

Das wird tatsächlich ohne besondere Werbung nicht der Fall sein, so daß sich im Ergebnis, wenn man nur auf die Verkehrsgeltung abstellt, dasselbe ergeben wird wie das Ergebnis, das der BGH mit seinem besonderen Erfordernis erzielen will. Es kommt also hier auch auf den rein tatsächlichen Zustand der Verkehrsgeltung an. Da die Verkehrsgeltung praktisch nur durch Werbung erzielt wird, ist eine gezielte Werbung zwar nicht rechtlich, wohl aber tatsächlich die Voraussetzung für die Erringung der Verkehrsgeltung.

2. Die Verletzung des Ausstattungsrechtes kann dadurch geschehen, daß eine ganz identische Ausstattung benutzt wird - das ist sehr selten - oder eine verwechslungsfähige, was der Normalfall ist. § 25 WZG und § 31 gehören daher zusammen. Die Frage, wie die Verkehrsgeltung festgestellt werden kann wird unten abgehandelt. Handelt es sich bei der Ausstattung des Beklagten um eine verwechslungsfähige Ausstattung, so muß neben der Verkehrsgeltung auch die Verwechslungsgefahr festgestellt werden. Die Verkehrsgeltung beruht auf der Unterscheidungskraft, verwechseln kann man eine Ausstattung mit der anderen nur, wenn das Zeichen, mit dem man ein anderes (des Nachahmers) verwechselt, Unterscheidungskraft hatte. Die Verwechslungsgefahr ist daher hier auch kurz im Zusammenhang mit der Verkehrsgeltung, der Unterscheidungskraft, zu behandeln. Die Verwechslungsgefahr ist die naheliegende Möglichkeit, daß das Publikum beim Wiedererkennen des Zeichens in den Glauben versetzt wird, es habe den Gewerbebetrieb des Zeicheninhabers oder die aus seinem Betriebe stammenden Waren vor sich. Wer ein kennzeichnendes Merkmal einmal

gesehen hat, dem prägt sich eine bestimmte Erinnerungsvorstellung ein. Dieses Erinnerungsbild ist unlöschar mit der gemachten Erfahrung verbunden, daß das Zeichen auf einen bestimmten Gewerbebetrieb oder auf die Herkunft aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb hinweist. Wenn er ein ähnliches Kennzeichen wiederum sieht, dann ist der Abnehmer geneigt, dieses Erlebnis mit dem Erinnerungsbild zu identifizieren. Dann gibt man dem Merkmal auch die gleiche Bedeutung, die das früher wahrgenommene Erlebnis hatte: Man glaubt, man habe es mit demselben Betrieb, mit Waren aus der gleichen Herkunftsstätte zu tun. Dabei wird die Ausstattung X mit der Ausstattung Y nicht nur dann verwechselt, wenn die bewußte Vorstellung besteht, die Ware Y sei die Ware X, sondern auch dann, wenn die Ausstattung Y dem Käufer bekannt vor- kommt, ohne daß er weiß, daß dies die Ausstattung Y und nicht die Ausstattung X ist. Da die bekannten Waren den unbekannten vorgezogen werden, kommt Y in den Vorteil der bekannten Ausstattung von X.²⁰⁴

3. Die Verkehrsgeltung ist ein tatsächliches Phänomen: es fragt sich, wie sie im Prozeß festgestellt werden kann.

- 3.1. Eine Ausstattung besitzt Verkehrsgeltung, wenn sie sich innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleicher oder gleichartiger Waren eines bestimmten Gewerbebetriebes durchgesetzt hat. Die beteiligten Verkehrskreise sind nicht die Mitbewerber, sondern die Abnehmer, also Händler und Verbraucher, möglicherweise also auch Hersteller, wenn sie auch Abnehmer sind. Welcher Teil der Bevölkerung als

²⁰⁴ vgl. Köhler, aaO S. 121

"beteiligte Verkehrskreise" anzusehen ist, läßt sich nicht schematisch bestimmen, sondern hängt von dem speziellen, in Betracht kommenden Kundenkreis für eine bestimmte Ware ab.²⁰⁵

Bevor die Durchsetzung eines Kennzeichens geprüft wird, muß man sich über die beteiligten Verkehrskreise klar sein. Die beteiligten Verkehrskreise sind einmal die, die beruflich mit den Waren befaßt sind, z.B. die Händler oder Weiterverarbeiter, oder die, die außerberuflich damit befaßt sind. Diese wiederum gliedern sich auf in diejenigen, die die Waren schon verbraucht oder gekauft haben, oder diejenigen, die mit dem Erzeugnis irgendwann schon einmal zu tun hatten; es kommen auch diejenigen in Betracht, die zu dem gesellschaftlichen Kreis derjenigen Personen gehören, die schon mit der Ware zu tun hatten.²⁰⁶

Wenn es z.B. um teure Pfeifentabake geht, so kommen praktisch nur Pfeifenraucher in Betracht, von diesen aber wiederum nur die, die sich ihr Vergnügen etwas kosten lassen. Handelt es sich um die Ausstattung der Verpackung von Radio- und Fernsehröhren, so kommen als "beteiligte Verkehrskreis" nur die Fachhändler in Betracht.

Handelt es sich um Lebensmittel, so ist man bei den Hausfrauen an der richtigen Adresse.

3.2. Aus dem Wortlauf "innerhalb beteiligter Verkehrskreise",

205 Baumbach-Hefermehl § 25 WZG Anm. 42

206 Noelle-Neumann, Schramm, Höhe der Verkehrsgeltung, GRUR 1966 S. 70 (75)

der eine Abschwächung gegenüber "innerhalb der beteiligten Verkehrskreise" darstellt, ergibt sich, daß schon ein beträchtlicher Teil der in Betracht Kommenden beim Anblick einer bestimmten Ausstattung die Vorstellung haben muß, diese Ware kommt aus einem bestimmten Betrieb.

Grundsätzlich wird der Grad der Durchsetzung in einer Meinungsumfrage geklärt. Man kann in etwa angeben, welcher Prozentsatz mindestens in einer bestimmten Ausstattung einen Herkunftshinweis sehen muß. Wie schwer es ist, innerhalb des in Betracht kommenden Verkehrs eine Ausstattung oder ein Warenzeichen durchzusetzen, welche ganz erheblichen Leistungen die Gewerbetreibenden erbracht haben, deren Ausstattung sich im Verkehr durchgesetzt hat, ergibt sich aus einigen Beispielen. So ist das Wortzeichen "Dextro", das Zeichen für Traubenzuckerpräparate, für nur 19 % des in Frage kommenden Verkehrs ein Herkunftshinweis. Das Wortzeichen "Magirus" für Lkw's ist nur 20 %, das Bildzeichen nur 19 % bekannt. Überraschend ist der relativ geringe Grad der Durchsetzung bei dem Bildzeichen der Luft-hansa, das kraft seiner eleganten und außergewöhnlichen Form sehr viel bekannter sein müßte. Das Bildzeichen von Mercedes (Mercedesstern) hat nicht etwa, wie man annehmen sollte, einen Durchsetzungsgrad von über 90 %, sondern nur einen von 63 %.²⁰⁷

Ab einem Durchsetzungsgrad von 25 % beginnt aber erst die Verkehrsgeltung.

²⁰⁷ Noelle-Neumann, Schramm, aaO S. 82

Der Grad der erforderlichen Verkehrsgeltung ist aber nicht bei allen Ausstattungen der gleiche. Bei einer technischen oder ästhetischen Gestaltung, die von Natur aus schon Unterscheidungskraft hat, bewendet es dabei, daß ein mindestens 25 %iger Durchsetzungsgrad ausreichend ist. Wenn man schon analog § 4 III WZG auch von Natur aus wenig oder gar nicht unterscheidungskräftige Ausstattungen als ausstattungsfähig und bei Verkehrsgeltung als ausstattungsschutzfähig ansieht, so muß auch für den Grad der erforderlichen Verkehrsdurchsetzung der Rechtsgedanke des § 4 III WZG beachtet werden. Schon aus dem Wortlaut des § 25 WZG auf der einen und des § 4 III WZG auf der anderen Seite ergibt sich eine Verschiedenheit. § 25 WZG spricht davon, daß die Ausstattung innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen ... gelten muß. In § 4 Abs. 3 heißt es, daß sich das Zeichen im Verkehr durchgesetzt haben muß. Für die vorliegende Arbeit kommen bei den ästhetischen Gestaltungen z.B. gängige Farbkombinationen, bei den technischen Gestaltungen Formen in Betracht, die der Verkehr gemeinhin nicht als kennzeichnend ansieht, die einen sehr geringen "kennzeichnenden Überschuß" haben.

Erst hier, nicht schon bei der Frage der Ausstattungsfähigkeit, kommt das Moment des "Freihaltebedürfnisses" ins Spiel. Dieses Moment zu berücksichtigen widerspricht auch nicht der zeichenrechtlichen Betrachtungsweise, die dieser Arbeit zugrunde liegt. Dieses Kriterium wird in diesem Stadium, im Stadium der Prüfung der Verkehrsgeltung, nicht von außen herangetragen, sondern ergibt sich aus dem WZG. Ist der Entstehungsstatbestand des

Warenzeichenschutzes die Eintragung, so ist der Entstehungsgrund des Ausstattungsschutzes die Verkehrsgeltung. In § 4 III wird der Schutz, d.h. die Eintragung, von der Durchsetzung im Verkehr abhängig gemacht, hier ist Voraussetzung des Schutzes der Ausstattung eine besonders hohe Verkehrsgeltung.

Stellt man diese erhöhten Anforderungen und berücksichtigt man noch, daß es schon ohnedies sehr schwierig für einen Gewerbetreibenden ist, für eine an sich kaum unterscheidungskräftige Ausstattung Verkehrsgeltung zu erlangen, so ist dem Freihaltebedürfnis Genüge getan, denn es ist fast unmöglich, unter solchen Anforderungen eine ausreichende Verkehrsgeltung zu erzielen.²⁰⁸ Allerdings ist es nicht richtig, wenn der BGH²⁰⁹ bei Zeichen mit geringer Unterscheidungskraft zweimal einen höheren Grad von Verkehrsdurchsetzung fordert, nämlich einmal wegen der größeren Gefahr der Verwechslung und zum anderen wegen des Freihaltebedürfnisses. Hier weist Hefermehl²¹⁰ mit Recht darauf hin, daß der BGH die Verkehrsgeltung und die Verwechslungsgefahr zu stark miteinander verquickt. Die Verkehrsgeltung sei um so stärker, je mehr Personen in einem Merkmal einen Hinweis auf die Herkunft einer Ware sehen. All diese Personen könnten einer Verwechslungsgefahr ausgesetzt sein. Ob das Merkmal ursprünglich mehr oder minder unterscheidungskräftig war, sei ohne Belang.

208 vgl. Hefermehl Anm. zum Urteil des BGH vom 13.5.69 "Ovalumrandung", GRUR 1971 S. 79 (80)

209 BGH, Urteil vom 13.5.1969, GRUR 1971 S. 77 (78) "Ovalumrandung"

210 siehe Fußnote 203, S. 79

Auch ein ursprünglich nicht unterscheidungskräftiges Zeichen besitze da, wo es sich durchgesetzt habe, Unterscheidungskraft. Die Verwechslungsgefahr sei in beiden Fällen gleich groß.

Etwas mißverständlich formuliert der BGH in der "Nährbier"-Entscheidung,²¹¹ daß bei Beschaffenheitsangaben - dies gilt analog für Zeichen mit geringer Unterscheidungskraft - keine größere Breite der Verkehrsdurchsetzung erforderlich sei. Die Anforderungen an die Tauglichkeit und den Umfang des dem Nachweis der Verkehrsgeltung dienenden Beweismaterials seien lediglich größer. Weiter unten²¹² heißt es, wegen des Freihaltebedürfnisses seien an die Breite der beteiligten Verkehrskreise um so größere Anforderungen zu stellen, je notwendiger der Verkehr der betreffenden Angabe als Hinweis auf eine Eigenschaft der in Frage stehenden Ware bedürfe. Eventuell sei einhellige Verkehrsdurchsetzung erforderlich.

Jedenfalls ist auch der BGH der Meinung, daß die Fassung des § 4 III, "Durchsetzung im Verkehr" schon vom Wortlaut eine größere Breite der Verkehrsdurchsetzung verlangt, als die Formulierung im § 25 WZG, "innerhalb beteiligter Verkehrskreise".²¹³

In der "Nährbier"-Entscheidung verlangt der BGH, daß für

211 BGH, Urteil vom 30.6.1959, NJW 1959 S. 2256 (2258)

212 S. 2261

213 vgl. auch Baumbach-Hefermehl, aaO § 25, Anm. 49; V.d.Osten, aaO S. 41

die gesteigerte Verkehrsgeltung die überwiegende Zahl der Abnehmer in dem betreffenden Zeichen einen Herkunftshinweis erblicken muß. 36 % reichten dazu nicht aus.

Allerdings sei auch ein Durchsetzungsgrad von 70 % nicht erforderlich.²¹⁴

Beginnt die "normale" Verkehrsgeltung mit 25 % so muß man hier unter Abwägung all der oben geschilderten Gesichtspunkte und unter Würdigung der BGH-Rechtsprechung für die "gesteigerte" Verkehrsgeltung verlangen, daß mindestens 50 % der in Betracht kommenden Abnehmer mit dem Anblick einer Ausstattung eine Herkunftsvorstellung verbinden.²¹⁵

3.3. Als Methoden der Feststellung der Verkehrsgeltung kommen in Betracht, Angaben über Art und Häufung der Benutzung des Zeichens in der Werbung,²¹⁶ Zeugenbeweis, z.B. die Vernehmung des Zwischenhändlers darüber, ob sich das Zeichen seinen Kunden eingeprägt habe,²¹⁷ schriftliche Bestätigungen von Kunden darüber, ob ihnen das Zeichen ein Begriff ist,²¹⁸ Umfragen bei den Industrie- und Handelskammern und anderen Wirtschaftsverbänden,²¹⁹ demoskopische Gutachten,²²⁰ eigene Feststellungen des Richters.

214 siehe Fußnote 205, S. 79

215 siehe Fußnote 201, S. 87

216 V.d. Osten S. 115

217 aaO S. 117

218 aaO S. 119

219 aaO

220 aaO S. 124

Letzteres ist bei einfach gelagerten Sachverhalten ein zulässiges Mittel. So wird z.B. ein Richter aus eigener Kenntnis die Verkehrsgeltung der Form der Odol-Flasche und die Gefahr der Verwechslung mit einer ganz ähnlich geformten Flasche einer Konkurrenzfirma beurteilen können. Dasselbe wird mit dem Mercedesstern der Fall sein. So hielt der BGH in der "Roth-Händle"-Entscheidung²²¹ hinsichtlich der Feststellung einer Verwechslungsgefahr eine Meinungsumfrage für unnötig, da der Richter aus eigener Lebenserfahrung die Verwechslungsgefahr verneinen könne.

In der "Halazon"-Entscheidung²²² heißt es, daß es ausnahmsweise Fälle gebe, in denen Merkmale einer Verpackung oder Aufmachung schon etwa wegen ihrer besonderen Eigenart und Einprägsamkeit von Natur aus derart kennzeichnungsstark seien, daß der Richter ihren Hinweischarakter schon von sich aus beurteilen könne; in diesem Fall könne auch der Richter die Verwechslungsgefahr prüfen.

Der Kläger muß nachweisen, daß die von ihm benutzte Darstellung von einem nicht unerheblichen Teil beteiligter Verkehrskreise als Zeichen der Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betrieb angesehen wird, dessen Name jedoch nicht bekannt zu sein braucht. Danach muß die Rechtsfrage der Verwechslungsgefahr geprüft werden. Dabei ist es nicht erforderlich, daß ein ebenso großer Teil der beteiligten Verkehrskreise, wie er als Voraussetzung für die der Klage zugrunde liegende Ausstattung erforderlich ist, auch die "Nachahmung" demselben Unter-

221 vgl. Fußnote 200 S. 687

222 BGH, Urteil vom 26.6.1968, GRUR 1969
S. 190 (192, 193)

nehmen zuschreibt, das die Ausstattung verwendet. Verwechslungsgefahr ist schon dann gegeben, wenn der über die betriebliche Herkunft irgendwie irreführende Teil im Rechtssinne nicht unerheblich ist.²²³

Das gebräuchlichste Mittel, den Nachweis der Verkehrsgeltung zu erbringen, ist die Meinungsumfrage.

Ein repräsentativer Querschnitt der in Betracht kommenden Abnehmer wird gefragt, ob er die Ausstattung kennt. (Bekanntheitsgrad). Dieser Bekanntheitsgrad besagt noch nichts Endgültiges. Entscheidend ist der "Kennzeichnungsgrad". Hier wird gefragt, ob die Ausstattung Kennzeichnung für die Ware eines bestimmten Unternehmens ist. Je nach dem, welcher Prozentsatz der Befragten diese Frage bejaht, ergibt sich die Verkehrsgeltung oder nicht. Nicht nötig ist, daß die Befragten auch noch den Namen des Herstellers kennen, der diese Ausstattung verwendet (Zuordnungsgrad).²²⁴

VI. Kapitel:

Zusammenfassung und Schlußbemerkung

1. Die vorliegende Arbeit führte zu folgenden Ergebnissen.

Aus dem Begriff der Ausstattung, aus der Auslegung der §§ 1 und 25 WZG ergibt sich, daß Ausstattung nur ein kennzeichnendes Merkmal sein kann, das von der Ware begrifflich verschieden ist, bei dessen Fehlen

223 siehe Fußnote 196, S. 687

224 vgl. Noelle-Neumann, Schramm S. 72

die Ware immer noch dieselbe ist. Ausstattung kann nur ein Merkmal sein, daß die Ware von der gleichartigen Ware anderer unterscheidet.

Damit entfallen als Ausstattung alle Merkmale, die zur Ware gehören, die für die Wertschätzung der Ware entscheidend sind, ohne die die Ware nicht mehr dieselbe wäre.

Bei ästhetischen Gestaltungen ist dies immer der Fall, wenn ein Merkmal im Verkehr als für diese Warengattung entscheidend angesehen wird, wenn es als Merkmal angesehen wird, das gleichartige Waren verschiedener Herkunft von einander unterscheidet. Daraus ergibt sich, daß z.B. die besondere Form der Hummelfiguren, die Streifen auf bunter Bettwäsche, schon begrifflich nicht Ausstattung sein können.

Auf dem Gebiet der technischen Gestaltungen sind dieselben Maßstäbe anzulegen, als Ausstattungsmerkmale scheiden alle Merkmale aus, die zum Wesen der Ware gehören. Zum Wesen der Ware gehören bei technischen Gestaltungen aber alle Merkmale, die durch den technischen oder Gebrauchszweck bedingt sind. Fällt ein solches Merkmal weg, so ist die Ware nicht mehr dieselbe, denn sie erfüllt nicht mehr die technischen Zwecke bzw. Gebrauchsfunktionen, durch die der Abnehmer veranlaßt war, sich diese Ware zu kaufen.

Dieses Ergebnis baut aber auf der Grundlage auf, daß technische Merkmale sehr wohl Ausstattung sein können,

wenn sie nämlich Kennzeichnungsfunktion besitzen. Wenn solche kennzeichnenden Merkmale technisch bedingt sind, scheiden sie als Ausstattung aus, nicht aber, wenn sie den Gebrauchszweck lediglich fördern.

Durch den "Filter" des Begriffes der Ausstattung gehen somit sowohl bei ästhetischen als auch bei technischen Gestaltungen nur die Merkmale, die sowohl kennzeichnend sind, als auch einen "kennzeichnenden Überschuß" darstellen, d.h. für die Ware als solche nicht unbedingt nötig und somit entbehrlich sind.

Bevor ein Merkmal Ausstattungsschutz genießen kann, muß es durch einen "zweiten Filter" gehen, das betreffende Merkmal muß nämlich innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen der Waren eines anderen sich durchgesetzt haben. Dabei muß erst einmal geklärt werden, welche ganz konkreten Merkmale den Ausstattungsschutz beanspruchen. In den Genuss des Ausstattungsschutzes kommen nur die Merkmale, durch die die in Frage kommende Abnehmerschaft zu dem Schluß veranlaßt wird, der Händler oder Hersteller des ihr vorliegenden Angebots stimme mit dem Verteiler oder Erzeuger der ihr bereits von früher bekannten Ware überein, d.h., es kommen nur die Merkmale in Betracht, an denen der Verkehr erkennt, daß die Waren, die mit diesen Merkmalen versehen sind, aus einem bestimmten Betrieb stammen. Mindestens 25 % der für ein bestimmtes Produkt in Betracht kommenden Abnehmer müssen beim Anblick des betreffenden

Merkmals darin ein Unterscheidungsmerkmal von gleichen Waren anderer sehen. Sehen die beteiligten Abnehmerkreise in einem bestimmten Merkmal nicht ein Unterscheidungsmerkmal, betrachten sie es lediglich z.B. als eine Verzierung, ist den Abnehmern das Merkmal nur bekannt, ohne daß sie sich darüber im klaren sind, daß ein bestimmtes Unternehmen sich dieses Merkmals als Mittel der Unterscheidung seiner Waren von den gleichartigen Waren anderer Hersteller bedient, ist das Merkmal weniger als 25 % der beteiligten Verkehrskreise als Unterscheidung und Herkunftshinweis bekannt, so genießt eine an sich ausstattungs-fähige Gestaltung wegen Fehlens der Verkehrsgeltung keinen Ausstattungsschutz.

Es ist also festzuhalten:

Ein Merkmal genießt nur dann Ausstattungsschutz, wenn es vom Wesen der Ware verschieden ist, vom Verkehr als Unterscheidungsmerkmal von gleichartigen Waren anderer Hersteller und als Hinweis auf den Ursprung der Ware aus einem bestimmten Unternehmen dient, und mindestens 25 % der beteiligten Verkehrskreise in diesem Merkmal die Kennzeichnung einer bestimmten Ware, ihr Unterscheidungsmerkmal und den Hinweis auf den Ursprung aus einem bestimmten Unternehmen sehen.

2. Oben wurde am Beispiel des Bildzeichens der Luft-hansa klar, wie äußerst schwer die Erlangung der

Verkehrsgeltung, d.h. die Erlangung eines "Kennzeichnungsgrades" von über 25 % ist. Es handelt sich hier also um ein Rechtsgut, das bei der Abwägung sehr ins Gewicht fällt.

Es wurden bei der Bestimmung der Ausstattungsfähigkeit schon alle Merkmale eliminiert, die das Wesen der Ware ausmachen. Bei der Prüfung der Verkehrsgeltung wurde z.B. für gängige Farbkombinationen und technische Gestaltungen mit geringer oder gar keiner Unterscheidungskraft ein erheblicher Teil der technischen und ästhetischen Gestaltungen vom Ausstattungsschutz ausgeschieden, da ein über 50 %iger Kennzeichnungsgrad nur äußerst schwer zu erreichen ist, schon für von Natur aus unterscheidungskräftige Ausstattungen, jedoch sehr viel schwerer für Ausstattungen mit geringer Unterscheidungskraft.

Die Gefahr der Monopolisierung einer bestimmten Warenart, einer bestimmten technischen Lehre entgegen dem Grundgedanken der technischen Schutzrechte, ist durch die strenge Prüfung einer jeden technischen oder ästhetischen Gestaltung unter dem Gesichtspunkt der Ausstattungsfähigkeit und der Verkehrsgeltung praktisch gebannt. Die Monopolisierung einer Warenart, einer technischen Lehre via Ausstattungsschutz ist m.E. ein Scheinproblem. Eine Güterabwägung hat schon bei der Prüfung der Ausstattungsfähigkeit der Verkehrsgeltung stattzufinden.

Dies wurde an der Reichsgerichtsrechtsprechung beispielhaft dargestellt.

Ich halte die Gefahr der Monopolisierung einer Warenart oder einer technischen Lehre über den Ausstattungsschutz auch insofern für ein Scheinproblem, als durch die Betonung dieser Gefahr das sehr bedeutsame und sehr schützenswerte Rechtsgut der Ausstattung aus dem Auge verloren wird.

Grundlage für die Bemessung des Schutzbereiches nach Maßgabe der jeweils festzustellenden Verkehrsgeltung war die Überlegung, daß sich bei einem bekannten Zeichen das Ziel des einzelnen Wettbewerbers, die einmal errungene Werbekraft seines Kennzeichens zu erhalten, mit dem allgemeinen Interesse verbindet, die Angebote der verschiedenen Hersteller mühelos unterscheiden und vergleichen zu können.²²⁵ Durch das Ausstattungsrecht soll nur verhindert werden, daß ein anderer warenzeichenmäßig eine Ausstattung verwendet, die als Ausstattung eines anderen gilt; nicht soll die Herstellung einer Ware verhindert werden.²²⁶

Die absolute Grenzen des Ausstattungsschutzes ergeben sich aus einer Güterabwägung, die nach der schon bei der Frage der Ausstattungsfähigkeit und

125 V.d. Osten aaO, S. 111/112

126 Kraft, Einzelfragen zum Ausstattungsrecht, GRUR 1957 S. 314 (318)

der Verkehrsgeltung vorgenommenen nochmals durchgeführt werden muß. Diese nochmalige Güterabwägung dürfte kaum praktisch werden. Wird sie das, so gilt folgendes. Die absolute Grenze des Ausstattungsschutzes wird dann überschritten, wenn durch den Ausstattungsschutz ein Monopol auf eine Warenherstellung errichtet werden soll oder wenn ein technischer Fortschritt verhindert wird.

Das darf nicht die Folge des Ausstattungsschutzes sein. Dies ergibt sich aus dem höherrangigen Interesse der Allgemeinheit an dem technischen Fortschritt, am gleichartigen Warenangebot. Diese Prinzipien entsprechen unserer Wirtschaftsordnung.

Wird diese Grenze durch die Gewährung des Ausstattungsschutzes nicht überschritten, so muß dieser dominieren. Der Ausstattungsschutz dient zwar in erster Linie dem Inhaber der Ausstattung, aber auch der Allgemeinheit, besonders im Hinblick auf die Garantiefunktion der Ausstattung.

3. Der Ausstattungsschutz ist Bestandteil des Wettbewerbsrechtes. Letzteres soll auch die Allgemeinheit schützen vor Irreführungen und Täuschungen. Daher kann die Beschränkung des Ausstattungsschutzes auch gegen die Interessen der Allgemeinheit verstoßen. Die lautere gewerbliche Betätigung wird durch die Dominanz des Ausstattungsschutzes nicht beschränkt. Es wurde schon dargelegt, daß, wenn ein Mitkonkurrent eine verwechslungsfähige Ausstattung wählt, zu vermuten ist, daß er dies aus unlauterer Absicht tut.

Bezenberger formuliert dies treffend, wenn er meint, die Beschränkung des Ausstattungsschutzes wegen der möglicherweise damit verbundenen Behinderung des freien Wettbewerbes sei nicht möglich, weil § 25 WZG als eine Norm zum Schutze des Leistungswettbewerbes vor einem wettbewerbswidrigen Verhalten durch den Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit nicht eingeschränkt werden könne.²²⁷

Von diesem Gedanken ist auch die Rechtsprechung zum Problem des "sklavischen Nachbaues" getragen. Dort wird auch in voller Anerkennung der Zulässigkeit des Nachbaues nicht mehr geschützter Maschinen dem Nachbauer zugemutet, die an sich zulässigerweise nachgebaute Maschine so zu gestalten, daß sie mit der nachgebauten nicht verwechslungsfähig ist.²²⁸ Danach dominiert das Interesse des Herstellers der nachgeahmten Maschine und der Abnehmer daran, daß keine Täuschung über die Herkunft des Gerätes entsteht.

227 Bezenberger, aaO S. 38

228 vgl. Fußnote 68

L e b e n s l a u f

Am 28. Februar 1938 wurde ich in Köln als Sohn des Facharztes für Innere Krankheiten, Dr. med. Franz Nettesheim und seiner Ehefrau Anne-Marie Nettesheim, geb. Scherschinski, geboren.

1944 zogen wir nach Ofterschwang im Allgäu, wo ich die 1. Klasse der Volksschule besuchte, 1945 übersiedelten wir in den benachbarten Ort Fischen, wo ich bis 1948 die dortige Volksschule besuchte. Danach wurde ich Schüler der Oberrealschule im 7 km entfernten Oberstdorf. 1952 zog ich nach Oberstdorf, wo ich heute noch meinen 1. Wohnsitz habe. 1957 machte ich dort mein Abitur und begann im Wintersemester 1957 das Juristische Studium in München. Dort blieb ich 2 Semester und wechselte dann an die Freie Universität Berlin, wo ich das Wintersemester 1958/59 und das Sommersemester 1959 verbrachte. Danach kehrte ich für 1 Semester wieder nach München zurück, ging dann an die Universität Erlangen, wo ich bis zur 1. Juristischen Staatsprüfung 1961/I blieb.

Danach kehrte ich wieder nach Oberstdorf zurück, absolvierte meine Vorbereitungszeit beim Amtsgericht Sonthofen, Landratsamt Sonthofen, LG Kempten, bei der Regierung von Schwaben und beim Verwaltungsgericht. Auf meinen Wunsch hin war ich in der Wahlstation beim

Rektorat der Universität Erlangen in Ausbildung.
Während der Referendarzeit war ich bei einem An-
walt in Sonthofen tätig.

Nach Ablegung der 2. großen Juristischen Staats-
prüfung 1965 begann ich im November 1965 mit meiner
Tätigkeit als Anwalt in einer eigenen Kanzlei.

Im Juni 1972 heiratete ich.

Offsetdruck-Fotodruck

J. Hogt, 8520 Erlangen Hauptstr. 109, (Nahe Martin-Luther-Platz) Tel. 22990